Die
Besitzrechtsklage nach § 1007 BGB.

gegenüber der actio Publiciana
des römischen und gemeinen Rechts

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

August Peipers
Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Seinem lieben Vater

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung 1

B. Vergleich zwischen der actio Publiciana und der Klage aus § 1007 BGB. 9

I. Grundzüge.

1. Die actio Publiciana 9

2. Die Klage aus § 1007 BGB. 16

II. Einzelheiten.

1. Der Anspruch und sein Gegenstand 20

2. Die beiden Klagen gemeinsamen Voraussetzungen

a. der frühere Besitz 36

b. der gute Glaube 45

3. Die den beiden Klagen nicht gemeinsamen Voraussetzungen 57

a. die weitere Begründung der actio Publiciana: der Titel 58

b. die weitere Begründung der Klage aus § 1007 62

α. die Klage aus § 1007^{I}; die Bösgläubigkeit des Beklagten 63

β. die Klage aus § 1007^{II}; der unabwendbare Besitzverlust des Klägers 67

4. Die Passivlegitimation 84

5. Die Verteidigung des Beklagten 87

III. Ergebnis 104

A. Einleitung.

Im Nachstehenden soll ein Beitrag zur Vergleichung des alten und des neuen Rechtes gegeben werden. Es soll untersucht werden, inwiefern die actio Publiciana des römischen und gemeinen Rechts mit der Besitzrechtsklage[1]) aus § 1007 BGB. verwandt ist, was diesen Klagen gemeinsam ist und was sie trennt.

Der äußeren Anlässe zu dieser Vergleichung sind viele. Die nächste Veranlassung bietet der Umstand, daß der I. Entwurf des BGB. in seinem § 945 eine Publiciana zu construieren versucht hatte, und daß an die Stelle dieses Paragraphen der § 1007 BGB. getreten ist. Ferner der Umstand, daß im preußischen Recht, welches das unmittelbare Vorbild bei Abfassung des § 1007 abgegeben hat, die bezügliche Klage ganz allgemein in der Praxis den Namen „Preußische Publiciana" angenommen hatte. Die Litteratur des BGB. hat von Anfang an den § 1007 als eine zum Ersatz der Publiciana bestimmte Klage bezeichnet.

[1]) In Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine, sondern um zwei Klagen aus § 1007; selbstverständlich sind beide Klagen einbegriffen, wenn im Folgenden allgemein von § 1007 oder „der" Klage aus § 1007 die Rede ist.

So Matthiaß[2]) bei Erörterung des Anspruchs aus dem früheren Besitz: „Die gemeinrechtliche actio Publiciana ist, weil durch die Zulassung des Eigentumserwerbs des redlichen Besitzers und die Eigentumsvermutung in den meisten Fällen überflüssig geworden, nicht . . . aufgenommen." Ferner macht Endemann[3]), der das Klagerecht des § 1007 als „rechtlich eingeordnet zwischen dem Anspruch aus dem Eigentum und dem Anspruch aus dem Besitzstande" bezeichnet, hierzu die Anmerkung: „Eines derartigen vermittelnden Anspruchs hat die Rechtstechnik sich von jeher bedient. Im römischen Recht half die Publiciana aus."

Gierke[4]), der als erster die Mobiliarvindikation des BGB. monographisch behandelt hat, bemerkt nur kurz: „Diese deutschrechtliche Besitzrechtsklage dient zugleich als Ersatz der nicht aufgenommenen publicianischen Klage."[5])

Endlich giebt einen Anlaß zum Vergleich auch der Umstand, daß die Klage aus § 1007 BGB. im 4. Titel des 3. Abschnitts („Eigentum") des Sachenrechts dem Hauptanspruch aus dem Eigentum, der Klage aus 985 sich in ganz ähnlicher Weise anschließt, wie im System des römischen und auch des gemeinen Rechts die Publiciana sich an die rei vindicatio anschließt.[6])

---

[2]) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band II S. 79, Anm. 2.

[3]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II Teil 1 S. 182 bei Anm. 2.

[4]) Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 19 unten.

[5]) vgl. auch Goldmann, Publicianischer Schutz im röm. und preuß. Recht S. 56 f.

[6]) vgl. auch die Stellung der Digestentitel de rei vind. 6,1 und de Publ. in rem. act. 6,2. Ulpian und Gaius behandelten rei vin-

Hiernach könnte die Vermutung nahe liegen, daß zwischen den beiden Klagen auch eine innere Verwandschaft besteht, die etwa auf einem historischen Zusammenhang beruht. Ein solcher Zusammenhang ist aber nicht vorhanden. Die Klage aus § 1007 beruht vielmehr auf einem deutschrechtlichen Gedanken, der seinen Ausdruck bisher in einigen Partikularrechten, hauptsächlich im französischen und preußischen Recht gefunden hatte. In unmittelbarer Anlehnung an das letztere hat die II. Kommission den jetzigen § 1007 an die Stelle der im § 945 des I. Entwurfs gegebenen Publiciana gesetzt.[7])

Das ALR. hat eine Reihe von Vorschriften über die Mobiliar-Vindikation[8]), die zwar, wie schon bemerkt, in ihrer Gesamtheit in der Praxis den Namen „Preußische Publiciana" erhalten haben, deren historischer Ursprung aber, soweit sie überhaupt dem römischen Recht entstammen, nicht auf die Publiciana, sondern auf die possessorischen Interdikte zurückführt. Letztere haben im Mittelalter eine Entwicklung durchgemacht, die sie von ihrer ursprünglichen Stellung und Bedeutung innerhalb des römischen Rechts soweit entfernt hat, daß sie schließlich nicht mehr als possessorische, sondern als petitorische Rechtsmittel anzusehen waren. In solcher Gestalt sind sie in das ALR. übergegangen, obwohl bereits zur Zeit dieser Codifikation sich lauter Widerspruch gegen

---

dicatio und **actio Publiciana** in einem Commentar (Ulp. lib. XVI ad ed.; Gaius lib. VII ad. ed. prov.), während allerdings auffälligerweise Paulus in seinem Ediktskommentar zuerst die **Publiciana** (lib. XIX **ad edictum**), dann die **heriditatis petitio** (XX) und dann erst die **rei vindicatio** (XXI) behandelt. Eine Vermutung über die Gründe des Paulus für diese abweichende Anordnung der Materien hat Huschke, das Recht der publicianischen Klage, S. 4, Anm. 1, aufgestellt.

[7]) vgl. Protokolle der II. Kommission pg. 4055.

[8]) vgl. §§ 11, 161—186 ALR. I 7; § 34, I, 15.

diese Entwicklung geltend gemacht hatte. Der historischen Rechtsschule seit Böhmer und Savigny, welche diese Umwandlung der ehemals possessorischen Rechtsmittel in petitorische als eine Verirrung betrachtete, gelang es, die genannten Rechtsmittel wieder in ihre ursprünglichen Grenzen zurückzuweisen. Germanistische Stimmen erhoben sich jedoch, welche in dem Umwandlungsprozeß eine Einwirkung deutschrechtlicher Ideen sahen, und es wurde sogar der Versuch gemacht, deutsche dingliche Klagen aus den beiden römischen Possessorien in ihrer veränderten Gestalt zu rekonstruieren.[9]) Dieser Versuch wurde von romanistischer Seite, vor allem von Bruns[10]), energisch zurückgewiesen, hatte aber doch immerhin den Erfolg, daß man seitdem in den Wandlungen, die das Possessorium im Lauf der Jahrhunderte durchgemacht hat, nicht mehr allein eine Depravation der Theorie, einen Mangel an Wissenschaftlichkeit sieht, sondern auch den Einfluß gewisser rechtsbildender Tendenzen, die, wenn sie auch nicht in grader Linie vom älteren germanischen Recht abstammen, so doch wenigstens mit dem reinen römischen Rechte so gut wie garnichts zu schaffen haben. So ist es z. B. sicherlich gänzlich unrömisch, wenn man in mißverständlicher Interpretation der Dekretale Licet causam Innocenz' III[11]) zur Begründung des possessorium ordinarium einen Titel verlangte.

Wenn so die dem gemeinen Recht entnommenen Elemente der preußischen Vindikation nicht rein römischen

---

[9]) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857. Derselbe, Nachträge zur dinglichen Klage in Ihering's Jahrbüchern X n. 2. Ziebarth, Realexecution u. Obligation, 1866.

[10]) Bruns, der ältere Besitz und das **possessorium ordinarium**, in Bekker's Jahrbuch Bd. IV n. 1.

[11]) vgl. Bruns, a. a. O. S. 60 f., 74 ff., 88.

Ursprungs sind, findet sich ein durchaus deutschrechtlicher Gedanke im § 34 ALR. I, 15. Hier erscheint der unabwendbare Besitzverlust als wesentlicher Bestandteil der Mobiliarvindikation, genau wie in der altdeutschen Klage aus unabwendbarem Verlust der Gewere. Und gerade dieser Teil der „Preußischen Publiciana" ist es, der den Grundstock des neu geformten § 1007 bildet; in ihrer generellen und stärkeren Funktion (auch gegen den gutgläubigen Besitzer § 1007 II) stützt sich diese Klage auf den unabwendbaren Besitzverlust des früheren Besitzers. Derjenige Teil der „Preußischen Publiciana" aber, der am meisten Aehnlichkeit mit der römischen Publiciana besaß, die Klage des titulierten Besitzers gegen den nicht titulierten, hat in § 1007 keine Aufnahme gefunden. Wir haben somit im § 1007 eine Klage deutschrechtlichen Ursprungs vor uns[12]), die keinen geschichtlichen Zusammenhang mit römischen Rechtsbegriffen aufweist.

Diesem historischen Gegensatz entsprechend ist auch, wie weiter unten zu zeigen sein wird, der ganze Aufbau der Klage aus § 1007 ein von Grund aus anderer als der der Publiciana, und auch die materiellen Geltungsgebiete der beiden Klagen sind völlig auseinandergerückt, sodaß sie sich nur noch in wenigen Punkten decken. Und doch, trotz historischer, konstruktiver und materieller Verschiedenheit, haben Publiciana und Klage aus § 1007 eine gemeinsames Merkmal, das die Vergleichung rechtfertigt, nämlich ihre Relativitäts-

---

[12]) vgl. Gierke, a. a. O. p. g. 46 ff., 70; ferner Müller, die Klage aus dem früheren Besitz, §§ 2, 3; Feustel, der Anspruch aus § 1007 BGB. verglichen mit den Klaggebilden des früheren Rechts, S. 46 ff.; Giese, Besitzrechtsschutz im BGB. und **actio in rem Publiciana** S. 9—23.

stellung gegenüber der Eigentumsklage.[13]) Während die Eigentumsklage im gemeinen sowohl wie im Recht des BGB. vom Kläger grundsätzlich den vollen Nachweis fordert, daß er an der verlangten Sache das Eigentum erworben habe, stellen unsere beiden Klagen, die an und für sich denselben Effekt haben wie die Eigentumsklage, nämlich Herausgabe einer Sache, geringere Anforderungen an den Kläger. Die Publiciana verlangt statt des Nachweises des vollen Eigentumserwerbs nur den des rechtmäßigen Besitzerwerbs, die Klage aus § 1007 nur den Nachweis früheren Besitzes.[14])

Unsere beiden Klagen gewähren einem nicht Vollberechtigten dasselbe Recht wie einem Vollberechtigten, freilich naturgemäß nur so lange, als er nicht einem Gleich- oder Besserberechtigten entgegentritt.[15]) Im Gegensatz dazu steht die absolute Eigentumsklage nur dem Vollberechtigten zu; fehlt hier an dem Rechte des Klägers irgend etwas, stellt sich sein Recht als nicht ganz vollständig heraus, so wird er abgewiesen, wenn auch der Beklagte offensichtlich gänzlich unrechtmäßig besitzt.

Auf diesem Gegensatz zwischen absoluten und relativem Recht hat zum ersten Mal Deurer in seinem Aufsatz über „den Schutz des relativ besseren Rechts nach römischen Grundsätzen" (Iherings Jahrb. Bd. I) aufmerksam gemacht. Er hat gezeigt, daß dieses Prinzip der Relativität geradezu ein

[13]) vgl. Feustel a. a. O. S. 5–8, Müller a. a. O. S. 26 f., Giese a. a. O. S. 10, 18.

[14]) Den weiteren Nachweis entweder des bösen Glaubens des Beklagten oder des unabwendbaren Besitzverlustes muß der Kläger aus § 985 bei beweglichen Sachen ebensogut erbringen, wenn er die für den Beklagten streitende Vermutung aus § 1006 widerlegen oder entkräften will.

[15]) vgl. hierüber weiter unten S. 15, 18.

Prinzip der Billigkeit ist, da es uns die Vermeidung jener unbilligen Consequenz ermöglicht, wonach auch der absolut Unberechtigte über den Berechtigten siegen kann, weil dieser nicht vollberechtigt ist.

Solche Billigkeitsgründe waren es auch, die den Prätor Publicius zur Aufstellung der Klage veranlaßten, die nach ihm benannt ist. Dem zunehmenden Güterverkehr wurden die strengen Normen für den Uebergang des absoluten Eigenthumsrechts, der teilweise auch noch durch eine lästige Formalität erschwert war, zu eng und unbequem, und da half der Prätor; aber nicht etwa, indem er formell ein neues, relativ dem Eigentum nachstehendes Recht schuf, sondern indem er unter gewissen Voraussetzungen die Vollständigkeit eines absoluten Rechts fingierte, während dasselbe in Wirklichkeit nicht vollständig war und daher auch nicht absolut sein konnte. Er gestattete nicht nur dem Eigentümer die Vindikation, sondern auch demjenigen, der in die Ersitzungslage eingetreten war und daher angefangen hatte, Eigentümer zu werden.

Das deutsche Mobiliarvindikationsrecht, dem unser § 1007 entstammt, hat vor dem römischen in der Ausbildung des Prinzips des relativ-dinglichen Rechtsschutzes einen Vorsprung, weil es schon hinter dem äußeren Schein des bloßen Besitzes — der Gewere — das Dasein eines Rechts vermutet, und die Vindikation unter vorläufiger Nichtbeachtung der Frage, wie Kläger sein Recht erworben hat, in erster Linie auf der Thatsache aufbaut, daß dem Kläger die Sache auf eine die Verfolgung derselben hindernde Weise abhanden kam.[16])

[16]) vgl. Huber, die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, S. 10 ff.

Während also das römische Recht die Anforderungen, die es an den Vindikanten stellt, nicht weiter ermäßigt, als bis zur Ersitzungslage, geht das deutsche Recht viel weiter herunter: es läßt die Vindikation schon auf Grund früheren Besitzes zu. Auf der anderen Seite hat aber das deutsche Recht gegenüber dieser bedeutenden Vindikationserleichterung ein Korrektiv, das dem römischen Recht fehlt.

Das römische Recht läßt den Kläger siegen, sobald er den Erwerb seines Rechts nachgewiesen hat; es kümmert sich nicht im Mindesten darum, auf welche Weise die streitige Sache aus der Hand des Klägers in die des Beklagten gekommen ist, ob auf ordnungsmäßigem oder ordnungswidrigem Wege. Im scharfen Gegensatz dazu verlangt das deutsche Recht gerade über diesen letzteren Punkt Aufklärung, ehe dem Anspruch des Klägers stattgegeben werden kann. Das ist der fundamentale Unterschied zwischen der römischen und deutschen Mobiliarvindikation: Die römische gründet sich ausschließlich auf Erwerbsthatsachen, die deutsche z. T. auch auf Verlustthatsachen. Wir werden im Verlauf der näheren Untersuchung unserer beiden Klagen sehen, daß dieser charakteristische Unterschied bei jeder Gelegenheit und in allen Einzelheiten immer wieder zum Vorschein kommt.

B. Vergleich

zwischen der actio Publiciana und der Klage aus § 1007.

I. Grundzüge beider Klagen.

Es empfiehlt sich von selbst, ehe wir in die nähere Untersuchung und Vergleichung unserer beiden Klagen eintreten, von jeder in kurzen Zügen ein Bild zu entwerfen.

1. Die actio in rem Publiciana

ist eine dingliche Klage auf Herausgabe einer Sache. Sie stand demjenigen zu, welcher die Ersitzung begonnen, aber noch nicht vollendet hatte. Die Vollendung der Ersitzung wurde fingiert, und es wurde dadurch formell der Anschein erweckt, als werde auf Grund eines civilen Rechts geklagt. Diese äußere Anlehnung an die Ersitzung haftete der Publiciana noch lange an, sodaß man sogar eine dem Rechte der Ersitzung eingefügte Spezialvorschrift des kanonischen Rechts auch auf die Publiciana anzuwenden versucht hat.[17]) Weil die Publiciana sich auf Ersitzungsbesitz gründete, mußte der Publiciana-Kläger die Ersitzungserfordernisse nachweisen.

[17]) vgl. weiter unten S. 13.

Soweit eine Sache ersessen werden konnte, aber auch nur soweit, konnte auch publicianisches Recht an ihr erworben werden.[18])

Nun sind die Voraussetzungen der Ersitzung folgende:

1) Der Besitz der Sache mit dem Willen, sie als Eigentümer zu besitzen.

2) Aeußere Erwerbsumstände, welche auf einen rechtmäßigen Erwerb schließen lassen (sog. titulus).

3) Der Ersitzende muß überzeugt sein, daß er mit der Aneignung kein Unrecht begeht (sog. bona fides).

4) Die Sache muß eine ersitzungsfähige sein.

5) Die Ersitzungsfrist muß abgelaufen sein. Dies letztere Erfordernis fällt bei der Publiciana durch die oben erwähnte Fiktion fort. Selbst wo die Fiktion eine vollkommen undenkbare ist, wie in den Fällen des fr. 12 §§ 5, 7, wird die Publiciana gewährt. Wir finden hierin schon einen Anlauf dazu, die Publiciana von den Eigentümlichkeiten der Ersitzung zu befreien, an die sie durch ihren Ursprung gebunden war. Ueberhaupt ist dieses Bestreben naturgemäß bei jedem Erfordernis der Publiciana früher oder später hervorgetreten, da ja die Zwecke dieser beiden Institute durchaus nicht gleichlaufend waren und daher in der Praxis sich an manchen Punkten das Bedürfniß herausstellen mußte, jedes der beiden Rechtsgebilde für sich und aus sich heraus auszubilden.

Gleich das erste Erfordernis verdankt diesem Bestreben eine neuerdings viel behandelte Streitfrage. Mit der herr-

---

[18]) fr. 7 § 2 h. t. — „posse usucapere: ergo et Publicianam habebit; § 17 eod: Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit; fr. 9 § 5, fr. 11 § 4, und als eine die Regel bestätigende Ausnahme fr. 12 § 2 h. t.

schenden Meinung lehrt Windscheid[19]), die Besitzerlangung sei Erfordernis des dem redlichen Erwerber gewährten Vindikationsschutzes nur insofern, als die Besitzerlangung Bestandteil der Erwerbsthatsache ist, auf welche er sich beruft. Die Publiciana dient, wie schon bemerkt, durchaus nicht denselben Endzwecken wie die Ersitzung; letztere soll aus dem lang andauernden Besitz ein Recht machen, erstere den rechtmäßigen Erwerb schützen. Darum ist bei der Publiciana die Erlangung des Besitzes nur dort erforderlich, wo sie es auch bei dem regelmäßigen Eigentumserwerb ist, also hauptsächlich bei der Tradition.[20]) Wenn außer durch Tradition auch ohne notwendige Besitzerlangung Eigentum erworben werden kann, wie z. B. durch das Vindikationslegat, warum dann nicht auch publicianisches Recht?[21])

Das eigentliche Fundament, auf dem sich das letztere aufbaut, ist nicht der Besitz, sondern das zweite Erfordernis, der sogenannte Titel. Es ist dies der äußere Vorgang[22]), der den Erwerb der Sache als rechtmäßig erscheinen läßt und der unter normalen Umständen auch zum Erwerb des vollen Eigentums führt. Daß letzteres nicht entsteht, hat in der Mehrzahl der Fälle derivativen Erwerbes seinen Grund darin, daß der Uebertragende nicht Eigentümer der Sache oder allgemeiner gesagt nicht zur Verfügung über die Sache berechtigt ist. Doch kann auch aus anderen Gründen, selbst dann, wenn der Uebertragende Eigentümer oder sonst berechtigt ist, der Uebergang des Eigentums ge-

[19]) vgl. weiter unten S. 36 f.

[20]) fr. 7 § 16 h. t.

[21]) fr. 1 § 2, fr. 7 pr., fr. 11 § 2, fr. 12, § 1, fr. 15 h. t.

[22]) vgl. Stintzing, das Wesen von bona fides u titulus, S. 124, Dernburg, Pand. I § 220[24].

hindert sein, wenn nämlich der Uebertragende eines rechtlich wirksamen Willens unfähig ist, beispielsweise wenn er noch nicht sieben Jahre alt oder geisteskrank ist, ferner auch, wenn seiner Willenserklärung ein sonstiger Mangel anhaftet, wie vorübergehende Geisteskrankheit oder Irrtum. In den ersteren Fällen liegen Rechtsgeschäfte vor, die an und für sich giltig sind; wenn sie auch den Eigentumserwerb herbeizuführen die Kraft nicht haben, so bewirken sie doch den Erwerb eines Rechts, das durch die publicianische Klage sofortigen Vindikationsschutz gewährte und durch die Ersitzung sich zum vollen Eigentum auswuchs. In den Fällen jedoch, in denen ein Rechtsgeschäft oder eine sonstige den Erwerb rechtfertigende Thatsache in Wirklichkeit nicht vorlag, entstanden Bedenken[23]) gegen die Zulassung des Erwerbes. Erwägungen der Billigkeit führten jedoch dazu, auch in diesen Fällen die Ersitzung und das Entstehen publicianischen Rechts zu gestatten, wenn nur der Erwerbende gute Gründe zu der Annahme hatte, daß eine seinen Erwerb rechtfertigende Thatsache vorlag (sog. Putativtitel).[24])

Das an dritter Stelle genannte Erfordernis des guten Glaubens betont die subjektive Seite des Erwerbsvorgangs: Der ideale Effekt des letzteren, der Erwerb des wirklichen Rechts, muß wenigstens im Inneren des Erwerbers vorhanden sein, er muß sich bewußt sein, daß er durch seinen Erwerb kein Unrecht begeht, daß event. das Rechtsgeschäft ein giltiges war[25]) und daß der Veräußerer entweder der Eigentümer

[23]) vgl. z. B. fr. 27 de usurp. et usuc. 41, 3, fr. 2 pr. pro. empt. 41, 4.

[24]) fr. 11 pro. empt. 41, 4, fr. 2 §§ 15, 16 eod., fr. 13 § 1 de usurp. et usuc. 41, 3.

[25]) fr. 2 § 15 pro. empt. 41, 4.

selbst oder ein zur Veräußerung Befugter war.[26]) Das römische Recht verlangte guten Glauben nur zur Zeit des Erwerbes, wozu beim Kauf auch die Zeit des Vertragsabschlusses zählte. Durch das kanonische Recht wurde dies Erfordernis für die Ersitzung auf die ganze Ersitzungszeit ausgedehnt[27]); ob für die Publiciana etwas gleichartiges gilt, ist mit Recht bestritten worden.[28])

Hier zeigt sich am deutlichsten die oben besprochene Entfernung der Publiciana von dem Institut der Ersitzung; bei der letzteren ließ sich die Einführung der mala fides superveniens motivieren durch den Schutz des Eigentümers gegen die Ersitzung; bei der Publiciana dagegen fällt dieser Grund völlig fort, denn der Eigentümer dringt ja ohnehin gegen den publicianischen Besitzer durch.

Der Ersitzung sowohl wie dem Erwerb publicianischen Rechts sind eine Reihe von Sachen aus verschiedenen Gründen entzogen.[29]) Zum großen Teil sind dies öffentlichrechtliche Gründe, die für die Ersitzung zutreffen, bei der Publiciana aber, im Vindikationsstreite, wenig Bedeutung haben. Hierher gehören zunächst die Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind (res extra commercium); diese Sachen können schon ihrer natürlichen Beschaffenheit nach zumeist kaum Gegenstand eines Herausgabeanspruchs sein. Ferner gehören hierher die dem Staate und dem Landesherrn gehörigen Sachen und die unbeweglichen Sachen der Kirchen und milden

---

[26]) **fr.** 2 § 1 **eod.**, **fr.** 2 **pr. eod.**

[27]) **c.** 20 X **de praescriptionibus** 2, 26.

[28]) vgl. Dernburg, Pandekten I § 228[11], Gimmerthal, die publicianische Klage und die Mancipation S. 109 f., Giese, a. a. O. S. 57, Feustel, a. a. O. S. 34.

[29]) **fr.** 9 § 5, **fr.** 12 § 4 **h. t.**

Stiftungen. Weit größere Bedeutung für den Vindikationsstreit haben diejenigen Ersitzungshindernisse, welche zum Schutz gewisser Personen oder gegen gewisse Delikte aufgestellt sind; bezüglich der Ersteren, der gesetzlichen Veräußerungsverbote, wird sogar bestritten[30]), daß dieselben die Ersitzung schlechthin[31]) ausschließen, vielmehr soll sich die Stelle fr. 12 § 4 nur auf die Publiciana beziehen.[32]) Veräußerungsverbote bestanden z. B. für die im Streit befangenen Sachen, für Dotalgrundstücke, für vermachte Sachen. Eine große Rolle spielten im römischen Recht die teils durch die XII Tafeln, teils durch die lex Atinia und die lex Plautia de vi eingeführten Hindernisse der Ersitzung an gestohlenen und an gewaltsam in Besitz genommenen Sachen[33]), wobei besonders ins Gewicht fiel, daß die Veräußerung einer fremden beweglichen Sache[34]) durch den bösgläubigen Besitzer auch als furtum galt. Es ist daher, wie Gaius II, 49 ausführt, das Gebiet der Ersitzung fast ganz auf die unbeweglichen Sachen beschränkt;

---

[30]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. I § 217[5].

[31]) Wie Windscheid, Pand. Bd. I § 182[14] behauptet.

[32]) In der That weist auch die Begründung dieser Bestimmung mit keinem Worte auf die Ersitzung hin: **quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.** Die sonst so naheliegende und in verschiedenen anderen Stellen unbedenklich benutzte Begründung mit der Analogie der Ersitzung ist hier durchaus vermieden. Freilich ist der Verfasser dieser Stelle Paulus, der auch sonst sich dem Parallelismus zwischen **Publiciana** und Ersitzung nicht fügt, vgl. **fr. 2 § 16 pro empt 41, 4.**

[33]) §§ 2–6, J. 2, 6, **fr. 4 §§ 6, 22–27, fr. 33 § 2, fr. 36–38 de usurp. et usuc. 41, 3.**

[34]) Eine nach Gaius § 7 J. 2, 6 (**fr. 38 de usurp. et usuc. 41, 3**) veraltete Meinung sah auch in der Veräußerung einer unbeweglichen Sache durch den bösgläubigen Besitzer ein **furtum**; Justinian belebte diesen Gedanken wieder in der Nov. 119 **cap.** 7, deren Auslegung streitig ist.

ob dies auch ohne weiteres von der Publiciana gesagt werden kann, ist zu bezweifeln, vgl. unten S. 26. Auch bezüglich des Erfordernisses der Ersitzbarkeit ist der Versuch gemacht worden, die Publiciana von dem Zusammenhang mit der Ersitzung zu emancipieren; dieser Versuch wurde jedoch allgemein abgelehnt, vgl. weiter unten S. 27.

Die Beweislast für die im vorstehenden dargelegten Voraussetzungen trägt nicht ausschließlich der Kläger; wegen der begrifflichen Schwierigkeit des Beweises einer rein subjektiven Thatsache, des guten Glaubens, legt die herrschende Meinung den Beweis für die Abwesenheit des guten Glaubens dem Beklagten auf.[35]) Auch die Ersitzbarkeit (Habilität) der Sache braucht der Kläger nicht zu beweisen; falls der Beklagte Unersitzbarkeit behauptet, hat er hierfür Beweis zu erbringen.

Das römische und gemeine Recht gewährt also dem redlichen titulierten früheren Besitzer einer ersitzbaren Sache die Vindikation, es erlaubt ihm ähnlich wie dem Eigentümer[36]) die Sache jedem gegenwärtigen Besitzer abzunehmen, jedoch mit zwei Einschränkungen: gegen den Eigentümer selbst[37]) und gegen denjenigen, der sich in gleichwertiger publicianischer Rechtslage befindet[38]), dringt das Recht des Publiciana-Klägers nicht durch. Hier zeigen sich die Folgen der relativen Ermäßigung der Klageerfordernisse: gegen den Voll- oder Gleichberechtigten ist mit einem solchen Klagerecht natürlich nichts

---

[35]) A. M. Windscheid, Pand. I § 177[7]a.
[36]) fr 7 § 8 h. t.
[37]) fr. 16, 17 h. t.
[38]) fr. 9 § 4 h. t., fr. 31 § 2 de a. e. v. 19, 1.

zu erreichen. Von Altersher geteilt sind die Meinungen darüber, wer als gleichberechtigter publicianischer Besitzer zu gelten hat. Ueber diese Controverse siehe weiter unten. Die herrschende Meinung hat die Ansicht Ulpian's[39], angenommen, wonach beim Erwerb von demselben Auktor die Priorität, beim Erwerb von verschiedenen Auktoren dagegen der gegenwärtige Besitz entscheidet.

Der publicianische Anspruch kann nicht erhoben werden, wenn sich der publicianisch Berechtigte seines Rechts durch Tradition oder Dereliktion entäußert hat.[40]) Im Uebrigen, bezüglich des Inhalts und Umfangs des Anspruchs, sowie bezüglich der Neben- und Gegenansprüche, gilt für die Publiciana dasselbe wie für die rei vindicatio.[41])

2. Die Klage aus § 1007 BGB.

ist, wie die Publiciana, eine dingliche Klage auf Herausgabe einer Sache. Ihre Voraussetzungen, die der Gesetzgeber nicht, wie die der Publiciana, einem anderen Rechtsinstitut entlehnt hat, sind folgende:

1) Der Kläger muß im Besitz der Sache gewesen sein (§ 1007[1]).
2) Er darf diesen Besitz nicht bösgläubig erworben haben (§ 1007[3]).
3) Die Klage ist nur für bewegliche Sachen gegeben (§ 1007[1]).

---

[39]) fr. 9 § 4 h. t.

[40]) A. M. nur Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana.

[41]) fr. 7 § 8 h. t.

4) Der Kläger muß nachweisen können

a. entweder daß der beklagte gegenwärtige Besitzer beim Erwerb seines Besitzes nicht im guten Glauben war (§ 1007[1]),

b. oder daß die Sache ihm gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 1007[2]).

Der Besitz des Klägers braucht nicht Eigenbesitz zu sein, auch demjenigen, welcher die Sache als Pfandgläubiger, Nießbraucher, Mieter, Entleiher, Verwahrer ꝛc. im Besitz gehabt hat, steht die Klage zu; andererseits ist durch die Besitzfiktion der §§ 857, 868, 870, 871 BGB. in gewissen Fällen die Möglichkeit geboten, mit § 1007 zu klagen, ohne jemals in den körperlichen Besitz gelangt zu sein: Der Erbe und der Erwerber aus einem constitutum possessorium oder aus einer Vindikationscession können sich der Klage bedienen.[42])

Der gute Glaube des Besitzers braucht nur im Augenblick des Erwerbes vorhanden zu sein, mala fides superveniens non nocet. Ueber den Begriff des guten Glaubens in § 1007 siehe im Uebrigen unten S. 47 ff.

Während die Eigentumsklage aus § 985 für bewegliche und unbewegliche Sachen gegeben ist, fehlt etwas dem § 1007 Entsprechendes für die unbeweglichen Sachen gänzlich.

Bei dem vierten Erfordernis trennen sich die beiden im § 1007 enthaltenen Klagen-Formen: Die erste verlangt vom Kläger den Nachweis, daß der Beklagte beim Erwerb seines Besitzes nicht im guten Glauben war, die zweite den Nachweis, daß dem Kläger die Sache gestohlen wurde, ver-

[42]) Ueber die gegenteilige Meinung Wendt's vgl. weiter unten S. 41.

loren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Zu der zweiten Form ist zu bemerken, daß sie dem Kläger insofern mehr Erfolg verspricht, als sie auch gegen einen gutgläubigen Besitzer wirkt; auf der anderen Seite geht aber die Klage aus § 1007[1] weiter als die aus § 1007[2], weil dieser die beiden Einwendungen entgegenstehen, Beklagter sei Eigentümer der Sache, oder ihm sei dieselbe noch früher als dem Kläger abhanden gekommen, während die Klage aus § 1007[1] sowohl gegen den Eigentümer als auch gegen den noch früheren Besitzer, dem die Sache abhanden kam, wirkt. Der Begriff der abhanden gekommenen Sache wird weiter unten näher erörtert werden. Ferner unterscheiden sich die beiden Klagen noch dadurch, daß die Klage aus § 1007[2] auf Geld und Inhaberpapiere keine Anwendung findet.

Die Beweislast ist derart verteilt, daß Kläger seinen früheren Besitz und entweder den bösen Glauben des Beklagten bei dessen Erwerb oder den unabwendbaren Verlust der Sache darzuthun hat, ferner auch im Bestreitungsfalle, soweit dies überhaupt eines Beweises bedarf, daß die Sache eine bewegliche ist; der Beklagte aber hat, falls er bestreitet, daß Kläger bei seinem Erwerb in gutem Glauben gewesen sei, hierfür Beweise zu erbringen, desgleichen, wenn er behauptet, die Sache sei Geld oder Inhaberpapier.

Auch bei der Klage aus § 1007 zeigen sich ähnlich wie bei der Publiciana, die Folgen ihrer gegenüber der Eigentumsklage relativ ermäßigten Voraussetzungen: Die Klage aus Absatz 2 dringt, wie bereits gezeigt, nicht gegen den Eigentümer und nicht gegen denjenigen durch, in dessen Person die gleichen Voraussetzungen wie beim Kläger vorliegen.

Gleichwie die Publiciana versagt auch der Anspruch aus § 1007, wenn der frühere Besitzer sich der Sache entäußert hat (§ 1007³ Satz 1). Ebenso stimmt mit den entsprechenden Vorschriften der Publiciana überein § 1007³ Satz 2, wonach bezüglich der Neben- und Gegenansprüche die Bestimmungen der Eigentumsklage entsprechende Anwendung finden.

II. Die Einzelheiten.

1. Der Anspruch und sein Gegenstand.

Mit den beiden im Vorhergehenden skizzierten Klagen werden petitorische, nicht possessorische Ansprüche verfolgt. In fr. 7 § 6 h. t. ist Veranlassung genommen, hierauf ausdrücklich hinzuweisen. Für die Klage aus § 1007 bedarf dieser Satz besonderr Begründung. Denn es ist im § 1007 nirgendwo von einem Rechte die Rede, welches der Anspruch verwirklichen soll; Klagegrund ist in erster Linie der Besitz, und weiterhin auch nur eine Summe von Thatsachen, welche an sich auf das Vorhandensein eines Rechts garnicht schließen lassen. Und doch ist, wie wir weiter unten bei der Erörterung der Einwendungen sehen werden, der innere Kern dieses Klagegrundes ein Recht, das Recht zum Besitz. Auf die Realisierung dieses Rechts zielt der Klageantrag ab. Darum nennen wir die Klage aus § 1007 die Besitzrechtsklage Dieses Recht kommt nur nicht von vornherein und unter allen Umständen zum Vorschein, sondern nur dann, wenn der äußere Klagegrund nicht hinreicht, um gewisse Hindernisse zu überwinden; erst dann taucht das bis dahin unter der Oberfläche verborgene Recht hervor und übt seine Kraft aus. Es ist dies ein specifisch deutschrechtlicher Gedanke; der Besitz

bildet die allgemeine äußere Erscheinungsform, das „Gewand" der Sachenrechte; er verkörpert dieselben sowohl im Rechtsverkehr als auch in der Rechtsverfolgung; bei der dinglichen Verfolgung kommt aber das hinter diesem äußeren Gewande verborgene Recht zu Tage, sobald ein anderes Recht ihm entgegentritt.

Der Inhalt des publicianischen sowie des im § 1007 gegebenen Klageanspruchs ist wie bei der rei vindicatio und der Eigentumsklage des BGB. die Herausgabe einer Sache. Dieser Anspruch auf Herausgabe kann aber nur dann entstehen, wenn einem Berechtigten die Sache vorenthalten wird. Ein anders gearteter Anspruch entsteht dann, wenn in Bezug auf die Sache nur solche Handlungen vorgenommen werden, welche das Herrschaftsverhältnis des Berechtigten teilweise stören. Dieser Anspruch wird im römischen Rech mit der actio negatoria geltend gemacht, der man in neuerer Zeit die hypothetische Konstruktion einer actio negatoria Publiciana[43]) zur Seite gestellt hat, indem man auf Grund fr. 7 § 8 annahm, der gutgläubige titulierte Besitzer müsse, wenn er (im Falle gänzlichen Besitzverlustes) das Recht habe, die Sache jedem Dritten abzufordern, erst recht in der Lage sein, auch einzelne Störungen abzuwehren. Eine derartige Anwendung der Klage aus § 1007 ist ausgeschlossen, § 1007 spricht ausdrücklich nur von „Herausgabe"; die analoge Uebertragung der negatoria (§ 1004) ist absichtlich vermieden (§ 1007[3] Satz 2).

Der Inhalt des Klageanspruchs deckt sich ferner auch bezüglich der Neben- und Ersatzansprüche in beiden Rechten

---

[43]) Windscheid, Pand. I § 199[3], Huschke a. a. O. pg. 43.

mit dem des Eigentumsanspruchs.[44]) Dies ist offenbar der eigentliche Sinn der Stelle fr. 7 § 8 h. t. welche den Redaktoren des § 1007 bei Abfassung der kongruenten Bestimmung des Absatz 3 Satz 2 als unmittelbares Vorbild gedient zu haben scheint. Auf einen Vergleich zwischen dem Inhalt des Eigentumsanspruchs im römischen Recht und im BGB. hier näher einzugehen, hat keinen Zweck.

Dagegen ist nunmehr näher zu untersuchen, welches der Gegenstand des Anspruchs auf Herausgabe ist, der mit unseren beiden Klagen verfolgt wird. Nach § 1007 ist dieser Gegenstand eine Sache; damit ist nach § 90 jede Uebertragung auf unkörperliche Gegenstände ausgeschlossen. Der Publiciana ist diese Schranke nicht gezogen worden: mit der Publiciana können auch gewisse Rechte eingeklagt werden, so die Servituten[45]), die Emphyteuse[46]) und Superfizies[47], nicht aber das Pfandrecht.[48]) Diese Klage ist zwar — wenigstens bei den Servituten — nicht die eigentliche Publiciana, sondern eine confessoria Publiciana.[49]) Aber sie enthält dasselbe Prinzip wie die Publiciana selbst, nur übertragen von dem total dinglichen Recht auf das partiell dingliche Recht. Vergleichen wir dagegen die Klage aus § 1007[50]), so finden wir, daß von partiell dinglich Berechtigten der Nießbraucher und

[44]) vgl. Giese a. a. O. S. 80.

[45]) fr. 11 § 1, vgl. hierzu Windscheid, Pand. I § 217[7,9], Dernburg, Pand. I § 251[5], Huschke a. a. O. S. 40 ff.

[46]) fr. 12 § 2 h. t.

[47]) fr. 12 § 3 h. t.

[48]) fr. 13 § 1 h. t.

[49]) Die obendrein quellenmäßig nur für einen Fall nachweisbar ist, der im gemeinen Recht keine Bedeutung mehr hat, nämlich für die Bestellung einer Servitut in civilrechtlich ungenügender Form.

[50]) Das alte Civilrecht verlangte für die Bestellung einer Servitut in iure cessio bezw. bei Rustikalservituten mancipatio.

der Pfandgläubiger sich der Klage bedienen können. (Die dinglichen Rechte an fremder unbeweglicher Sache kommen hier nicht in Betracht, da § 1007 ausschließlich dem Mobiliarrecht angehört.) Aber der Wortlaut der Klage, die ausdrücklich auf Herausgabe einer Sache gerichtet ist, sagt uns schon deutlich genug, daß es sich bei der vom Nießbraucher oder Pfandgläubiger angestellten Klage nicht um die Einräumung irgend einer bestimmten partiellen Befugnis handelt. § 1007 ist als eigentliche confessoria undenkbar. Die Rechtsmittel des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers sind im BGB. in der Weise geordnet, daß im Falle der Beeinträchtigung des Rechts derselben die Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung finden.[51]) Zu diesen Vorschriften gehört aber formell auch § 1007. Wie ist nun § 1007 analog auf die Rechtsmittel des Nießbrauchers und Pfandgläubigers anzuwenden? Die Klage aus § 985 giebt einen Anspruch auf Herstellung eines Zustandes, welcher einem gewissen Rechte (dem Eigentum) entspricht; die Klage aus § 1007 giebt einen Anspruch auf Wiederherstellung eines Zustandes, welcher dem Rechte bereits äußerlich entsprach. Dieser Zustand entsprach aber nicht nur dem Eigentumsrechte, sondern auch dem Rechte des Nießbrauchs und Faustpfandes; wir dürfen daher § 1007 auf die letzteren ohne Auswechslung der Begriffe anwenden.[52])

Nießbraucher und Pfandgläubiger haben aber die Klage aus § 1007 in der Regel auch aus einem zweiten Grunde,

---

[51]) §§ 1065, 1227 BGB.

[52]) Nur in der Einrede gegen die Klage aus Absatz 2 werden wir an Stelle des Eigentümers den Nießbraucher bezw. Pfandgläubiger zu setzen haben, denn hier handelt es sich nicht mehr um die äußere Erscheinung des Rechts, sondern um das Recht selbst.

weil nämlich diese sich auf früheren Besitz stützt und im Allgemeinen weder Nießbrauch noch Pfand im BGB. ohne Besitzerlangung erworben wird.[53]) Eine Ausnahme bildet beim Pfand nur das Schiffspfandrecht, für dessen Bestellung die Uebergabe gleichgiltig ist.[54]) Dafür steht die Klage aus § 1007 dem Schiffspfandgläubiger auch nur dann zu, wenn er im Besitz der Sache war. Das Gleiche gilt für den ohne gleichzeitige Besitzverschaffung (in dem seltenen Falle § 1032 Satz 2, § 931 sofern der „Anspruch" nicht aus einem Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art entsprungen war) bestellten Nießbrauch; auch hier kann von einer Klage aus § 1007 nur dann die Rede sein, wenn der Erwerber nachträglich in den Besitz gelangte. Es erhellt also, daß die vom Nießbraucher oder Pfandgläubiger angestellte Klage aus § 1007 nicht, wie die actio confessoria Publiciana, Anerkennung eines bestimmten partiellen Rechts an fremder Sache, sondern Wiederherstellung eines äußeren Zustandes bezweckt, welcher sowohl totales wie partielles Recht in sich bergen kann.

Wir übergehen daher im Folgenden die Publiciana confessoria und beschränken uns auf das gemeinsame Gebiet, die Herausgabe von Sachen.

Nicht schlechthin jede Sache kann Gegenstand des publicianischen und des Anspruchs aus § 1007 sein; beide Rechte machen für eine Reihe von Sachen Ausnahmen und schränken damit das Gebiet ihrer Anwendbarkeit erheblich ein. Das römische Recht entzieht der Publiciana die unersitzbaren Sachen, das B. R. entzieht der Klage aus § 1007

[53]) §§ 1032, 1205.
[54]) § 1260.

die unbeweglichen Sachen, der Klage aus Absatz 2 auch alles, was Geld oder Inhaberpapier ist.

In ganz schematischer Weise hat das römische Recht das Erfordernis der Ersitzbarkeit auf die Publiciana übertragen, weil diese Klage nur demjenigen gewährt wurde, welcher soviel wie ein Ersitzungsbesitzer für sich anführen konnte. Daß ein Teil dieser Erfordernisse für die Publiciana keine praktische Bedeutung hatte, ist bereits oben S. 13 erwähnt; wichtiger für unsere Frage ist das Hindernis der Ersitzung an gestohlenen und gewaltsam in Besitz genommenen Sachen. Die XII Tafeln und die lex Atinia verboten die Ersitzung furtiver Sachen, um den Eigentümer, falls er bestohlen wurde, vor fremdem ungerechtem Erwerb zu schützen. Nun mußten aber alle Erfordernisse der Usukapion consequent auf die Publiciana übertragen werden, weil doch auf Grund der Fiktion des Prätors das publicianische Recht auf — unvollendeten — Ersitzungsbesitz sich stützt, und damit mußte folgerecht die Publiciana einem im Uebrigen auf eine iusta causa sich stützenden Erwerber einer res furtiva versagt werden. Ulpian zieht diese Consequenz ganz rückhaltlos in fr. 9 § 5. Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.

Aber nicht nur Raub und Diebstahl macht nach römischen Begriffen eine Sache furtiv, sondern jede Art Unterschlagung, also bösgläubige Aneignung der gefundenen, geliehenen, deponierten, vermieteten oder sonstwie anvertrauten Sache, vor allem auch bösgläubige Veräußerung[55]) einer frem-

[55]) vgl. fr. 4 § 10 de usurp. et usuc. 41, 3. fr. 33, 72, 74 de furtis 47, 2, s. auch oben Anm. 34.

den (beweglichen) Sache. Qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit.[56])

Die praktische Folge dieser Ausdehnung des Begriffs der Furtivität teilt Gaius § 3 J de usuc; 2, 6 mit: unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. Damit ist also, wenn man sich den vorher angeführten Ausspruch des Ulpian vergegenwärtigt, die Wirksamkeit der actio Publiciana bezüglich beweglicher Sachen ganz erheblich eingeschränkt. Jedoch ist diese Einschränkung eine dem Wesen des publicianischen Klagerechts durchaus nicht angemessene. Als Einschränkung und Hindernis der Ersitzung war die Furtivität ganz angebracht, und daß sie in der römischen Praxis viel diskutiert wurde, zeigen die eingehenden Untersuchungen über die Frage der Auslöschung des Furtivitätsmakels in fr. 4 §§ 6—14, frr. 21, 49 de usurp. et usuc. 41, 3, fr. 7 §§ 3, 7 pro empt. 41, 4. Was aber das Erfordernis der Ersitzbarkeit bei der Publiciana bezwecken soll, ist kaum ersichtlich; warum soll der Umstand, daß die Sache vor langer Zeit einmal Objekt eines furtum war, den Kläger heute hindern, sie dem Dieb von gestern wieder abzunehmen? Auf diese Weise siegt der bösgläubige nicht titulierte Besitzer über den gutgläubigen, titulierten früheren Besitzer, wenn er nachweist, daß an der Sache irgend einmal ein furtum begangen worden ist. In den Quellen findet sich ein Widerspruch gegen diese zwecklose Bestimmung nicht; erst spätere Zeiten haben die Verbindung von Publiciana und Ersitzung und damit das Erfordernis der Ersitzbarkeit anzutasten gewagt.[57])

[56]) § 3 J, de usuc. 2, 6.

[57]) Eine seltsame Komik steckt in der Bemerkung, die Huschke am

Es ist auch von einzelnen Schriftstellern[58]) versucht worden, die Furtivität (und auch das insta causa-Erfordernis) dadurch zu umgehen, daß einfach anstelle der Usukapion und longi temporis praescriptio die außerordentliche Ersitzung als maßgebend für die Zusammensetzung der Publiciana-Erfordernisse untergeschoben wurde. Die herrschende Meinung hat aber mit Recht diese gewagte Construktion abgelehnt.

Im deutschen Recht fehlte die künstliche Beziehung zur Ersitzung; aber etwas der Furtivität innerlich in gewisser Weise Verwandtes findet sich auch hier, nur genau am entgegengesetzten Ende, genau in umgekehrter Gestalt. Das BGB. giebt im Absatz 2 des § 1007 dem gutgläubigen Beklagten eine Einrede, wenn die Sache ihm vor der Besitzzeit des klagenden früheren Besitzers abhanden gekommen war; hier wird also der Kläger abgewiesen, weil seinem Besitz ein Makel ähnlich dem der Furtivität anhaftet. Aber der Makel hat einen ganz anderen Grund als im römischen Recht. Beklagter siegt nicht etwa deshalb, weil der Erwerb des Klägers an sich ein mangelhafter war, sondern weil dieser Erwerb ihm, dem Beklagten gegenüber mangelhaft war, weil er, der Beklagte selbst bei vertauschten Rollen damals, als Kläger noch Besitzer war, ihn auf Grund § 1007[2] hätte erfolgreich verklagen können. Es ist dies weiter nichts als eine Umkehrung der Prozeßlage. Beklagter zeigt, daß

Schlusse seiner Monographie hierüber macht: „andererseits könnte die Nichtberücksichtigung der Ausnahme der gestohlenen Sachen mit der in der alternden Gesellschaft thatsächlich gesunkenen sittlichen Abscheu vor dem Diebstahl, wenn auch nicht gerechtfertigt, doch entschuldigt (!!) werden.

[58]) Obrock de Publiciana in rem actione 1843, und ihm sich anschließend Sintenis, d. praktische gemeine Civilrecht Bd. I § 53, 1844.

er dem Kläger gegenüber dasselbe Recht, nur mit dem Vorzug der Priorität geltend machen kann, welches dieser ihm gegenüber mit der Klage verfolgt. In der ursprünglichen Prozeßlage streitet man nicht etwa darum, ob nicht etwa der Kläger eine Sache einklage, die irgendjemandem irgend einmal gestohlen worden sei, sondern um die positive Behauptung des Klägers, Beklagter besitze eine Sache, die ihm, dem Kläger, gestohlen (oder sonst abhanden gekommen) sei; in der Klage aus § 1007[2] ist also prima facie nicht die Furtivität[59]) des klägerischen Besitzes ein Hindernis des klägerischen Rechts, sondern die Furtivität des Besitzes des Beklagten eine Hauptvoraussetzung der Klage. Erst wenn der Beklagte „den Spieß umdreht", erst wenn er die Behauptung aufstellt, ihm selbst sei die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen, wird die Furtivität, freilich nur die dem Beklagten gegenüber bestehende Furtivität, ein Hindernis des klägerischen Rechts.

Wollte der Publiciana-Kläger in ähnlicher Weise verfahren, wie der Kläger aus § 1007[2], wollte er seine Klage darauf stützen, daß die Sache eine res furtiva sei, so würde es ihm dabei unter Umständen schlecht ergehen, die Furtivität, auf die er sich beruft, würde sein eigenes Recht vernichten, wenn nicht das Furtum zwischen seiner und der Besitzzeit des Beklagten läge; und dem Beklagten, der sich auf die Furtivität des klägerischen Besitzes stützt, könnte es mutatis mutandis ebenso ergehen.

Wir sahen, wie der Nachweis, daß die Sache irgend

---

[59]) Um zunächst der Einfachheit halber den Unterschied der Furtivität von dem deutschen Begriff des Abhandengekommenenseins außer Acht zu lassen.

einmal Gegenstand eines Furtum war, ohne inzwischen wieder in die Hand des Eigentümers zurückgelangt zu sein[60]), dem gutgläubigen titulierten Besitzer die Verfolgung der Sache selbst einem gänzlich unberechtigten malae fidei possessor gegenüber unmöglich macht. Aus den Quellen ist diese unbillige Consequenz zwar nicht unmittelbar zu ersehen, doch scheint dieselbe nach fr. 9 § 5 unvermeidlich. Die Einrede der Furtivität bietet dem Beklagten eine exceptio de iure tertii, wie man sie sich ungerechter kaum vorstellen kann. Hier treten die Folgen der Anlehnung an das absolute Recht, der schematischen Uebertragung sämmtlicher Ersitzungserfordernisse auf die Publiciana am schärfsten hervor. Das Hindernis der Ersitzung an gestohlenen Sachen war vom altrömischen Rechte eingeführt, um gewisse unliebsame Consequenzen eines absoluten Rechts, des Eigentumserwerbs durch Ersitzung, zu beseitigen. Das absolute Recht wurde in den in Betracht kommenden Fällen durch eine ebenso absolute Negation zerstört; auf die Publiciana übertragen, bedeutet dies nur eine Rückbildung des in dieser Klage enthaltenen Ansatzes zum Prinzip relativen Rechtsschutzes. Im deutschen Recht ist dieses Prinzip das herrschende: mag eine Sache immerhin einem Dritten gestohlen sein, so darf sie doch nach § 1007 derjenige, der dieselbe gutgläubig erwarb, dem späteren bösgläubigen Erwerber, und, falls sie ihm selbst (bezw. seinem Besitzmittler) gestohlen wurde oder abhanden kam, auch einem späteren gutgläubigen Besitzer abnehmen; sein Recht ist trotz dem Diebstahl, welcher an der Sache verübt war, unter gewissen Voraussetzungen immer noch besser als dasjenige

---

[60]) vgl. die oben S. 26 angeführten Stellen.

des späteren Erwerbers. Erst wenn er dem Bestohlenen selbst begegnet, muß er diesem weichen, weil diesem gegenüber sein Recht als das schlechtere erscheint.

Die Furtivität weist aber endlich, was in den bisherigen Ausführungen über dieselbe übergangen wurde, trotz äußerlicher Verwandschaft mit dem deutschrechtlichen Begriff des „Abhandenkommens" materiell recht starke Abweichungen gegen denselben auf. Für den Römer ist, wie schon oben Seite 25 ausgeführt, die Unterschlagung, die Aneignung einer fremden, anvertrauten Sache ein furtum, dergestalt, daß der Eigentümer oder publicianische Besitzer gegen Ersitzung der Sache geschützt ist und dieselbe von jedem dritten gutgläubigen Besitzer vindizieren kann. Diese Wirkung hat aber die (mit Weiterveräußerung verbundene) Unterschlagung einer Sache im deutschen Recht nicht. Hand muß Hand wahren. Wer eine Sache zur Leihe, Miete, Verwahrung oder sonstwie in fremde Hände giebt, mag zusehen, wie er dieselbe von seinem Vertrauensmann wiederbekommt, einem dritten gutgläubigen Erwerber gegenüber ist er machtlos.[61]) So gewährt also das römische Vindikationsrecht dem Eigentümer und dem gutgläubigen Besitzer gegen Unredlichkeit einen weitergehenden Schutz als das deutsche. Auf einen weiteren Unterschied zwischen der res furtiva und der gestohlenen Sache im Sinne des § 1007 werden wir weiter unten kommen. Doch werden wir dabei wiederum etwas den beiden Begriffen Gemeinsames finden, welches sie beide vom heutigen strafgesetzlichen Begriff des Diebstahls unterscheidet.

Seinen eigentlichen Zweck erfüllt, wie schon bemerkt,

[61]) vgl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts S. 210, Huber, die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht S. 11.

das Furtivitätshindernis im römischen Recht nur dadurch, daß es dem Erwerb gestohlener Sachen durch Usukapion vorbeugt. Ebendieselbe Funktion als Erwerbshindernis hat das der Furtivität entsprechende „Abhandenkommen" auch im BGB., nur nicht bei der Vindikation, nicht bei § 1007, sondern in § 935, als Hindernis des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer. Das Erbe der römischen Publiciana und Ersitzung ist im weitesten Umfange von diesem deutschrechtlichen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichteigentümer (§ 932 ff.) angetreten worden. So hat auch also das, was der Furtivität des römischen Publiciana- und Ersitzungsrechts im BGB. entspricht, seine richtige Stelle nicht mehr beim Nachfolger der Publiciana, § 1007, sondern im Anschluß an die Bestimmungen der §§ 932 ff. (935).

Wir können für die Ausnahmen, welche das Publiciana-Recht aus dem Kreis der vindizierbaren Sachen ausscheidet, zur Not den Schutz gegen gewisse Delikte als Grund anführen; auf einem ganz anderen Gebiete liegen die Gründe für die Ausnahmen, welche das BR. macht. Als Ausnahme können wir es überhaupt kaum noch bezeichnen, wenn das BGB. die Klage aus § 1007 nur für bewegliche Sachen giebt. Die gänzliche Trennung und verschiedenartige Behandlung von Mobiliar- und Immobiliarrecht ist das Hauptcharakteristikum des deutschen Sachenrechts gegenüber dem römischen. Wie der Erwerb, so ist auch die Verfolgung der beweglichen Sachen im deutschen Recht von Grund aus anders gestaltet als bei unbeweglichen. Auch das BGB. hat diese Trennung fast ganz consequent durchgeführt, indem es bezüglich des Erwerbs und Verlustes des Eigentums gesonderte Vorschriften für unbewegliche und bewegliche Sachen

giebt. Die Verfolgung der Sachen dagegen ist durch eine gleichmäßig auf beide Sachenarten anwendbare rei vindicatio in §§ 985 ff. geregelt. Jedoch findet sich am Schluß dieser Bestimmungen angehängt, eben unser § 1007, der nur für bewegliche Sachen gilt. Und vor § 1007 steht in § 1006 die ebenfalls nur für bewegliche Sachen geltende Eigentumsvermutung für den gegenwärtigen und den früheren Besitzer, die der rei vindicatio des § 985 bei ihrer Anwendung auf bewegliche Sachen eine so veränderte Gestalt giebt, daß wir sagen müssen: auch die Verfolgung beweglicher Sachen richtet sich im BGB. nach anderen Regeln, als die Verfolgung unbeweglicher Sachen.[62]) — Im römischen Recht sind die beiden Formen der Vindikation, rei vindicatio und Publiciana grundsätzlich ohne Unterschied für bewegliche wie unbewegliche Sachen bestimmt. Nur wirkte, wie schon erwähnt, die schematische Uebertragung der Ersitzungserfordernisse bei beweglichen Sachen insofern ungünstig auf die Anwendbarkeit der Publiciana ein, als die Furtivität nach dem Zeugnis des Gaius praktisch den Erwerb beweglicher Sachen vom Nichteigentümer fast zur Unmöglichkeit machte.

Endlich macht das BR. noch eine Ausnahme in § 1007[2]: Geld und Inhaberpapiere sollen nicht mit dieser Klage vindiziert werden können. Der Grund hierfür ist teilweise die Schwierigkeit der Identifizierung, zum größeren Teil aber die Notwendigkeit, den Verkehr mit Geld und Inhaberpapieren leicht und sicher zu gestalten. Dieser Verkehr würde außerordentlich erschwert und unsicher gemacht werden, wenn die großen Werte, welche oft in Geld oder Inhaberpapieren sich verdichten,

[62]) Auch der I. Entw. beschränkte die Publiciana (945) auf bewegliche Sachen.

dem redlichen Erwerber von einem bestohlenen früheren Besitzer abgenommen werden könnten, denn ein Ersatz dieser Werte wird nur in den wenigsten Fällen zu erlangen sein, schon weil es meist nicht möglich sein wird, die Person des Uebergebenden festzustellen. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, welche zu Zweifeln über die Ehrlichkeit des Uebergebenden oder sonst über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes Veranlassung geben mußten[63]), gewährt das Gesetz die Klage aus § 1007[1], die sich auf den bösen Glauben des Erwerbes stützt. — Auch der Ausschluß von Geld und Inhaberpapieren zeigt deutlich den deutschrechtlichen Ursprung des § 1007; das römische Recht kannte keinerlei entsprechende Vorschriften.

Wie in so vielen Beziehungen stimmen unsere beiden Klagen mit der Eigentumsklage auch bezüglich der Verjährungsfrist überein. Dieselbe ist in beiden Rechten die regelmäßige, dreißigjährige.[64]) Bezüglich des Beginns der Verjährung bestehen für das gemeine Recht einige Meinungsverschiedenheiten.[65]) Auch die Bestimmung des BGB. § 198 giebt Anlaß zu Zweifeln. Nach herrschender gemeinrechtlicher Anschauung beginnt die Verjährung dinglicher Ansprüche mit der Störung des Herrschaftsverhältnisses, welches dem dinglichen Rechte entspricht, durch eine positive Handlung einer bestimmten Person.[66]) Nach BR. l. c. beginnt dagegen die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs, also früher als nach gemeinem Recht. Für die Klage aus § 985 wird anzunehmen sein, daß die Verjährung mit dem Augenblick

[63]) Außerdem auch in dem Falle des § 367 H. G. B.

[64]) c 3 de praescr. XXX ann. 7, 39; § 195 BGB.

[65]) vgl. Windscheid, Pand. I §107[4] und Dernburg, Pand. I § 146[12].

[66]) vgl. vorige Anmerkung.

beginnt, in dem die Sache in die Hand irgend eines Nicht-eigentümers gelangt. Ist dieser auf Zeit zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt, so ist die Verjährung so lange gehemmt.[67]) Anders sind dagegen die Zeitpunkte zu bestimmen, in denen die Verjährung der beiden Klagen aus § 1007 beginnt. In dieser Beziehung befindet sich Feustel im Irrtum, wenn er[68]) meint, der Anspruch aus § 1007 entstehe dann, wenn der frühere Besitzer dieser Sache wider seinen Willen beraubt wurde oder er sie selbst aus der Hand gegeben hat. Daran ändert nichts, daß, wie er einschränkend anführt, die Verjährung in den letzteren Fällen so lange gehemmt sei, als dem Kommodatar u. s. w. vom Besitzer ein Recht zum zeitweiligen Besitz eingeräumt sei. Wenn nun z. B. noch während dieser Zeit die Sache in andere Hände gerät, etwa in die Hand eines unredlichen Erwerbers? Dann soll noch immer die Verjährung gehemmt sein, weil (§ 202) „der Verpflichtete zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist?" Wer ist denn hier, gegenüber dem Anspruch aus § 1007[1], der Verpflichtete? Doch wohl allein der bösgläubige Besitzer, nicht etwa der Kommodatar oder sonstige Besitzmittler! Das „Recht, von einem Andern ein Thun oder Unterlassen zu verlangen"[69]), entsteht auf Grund § 1007[1] vielmehr immer erst dann, wenn irgend jemand die Sache bösgläubig erwirbt; von eben diesem Zeitpunkte an beginnt auch gemäß § 198 die Verjährung dieses Anspruchs.[70]) Damit kommen wir den gemeinrechtlichen Theorien

[67]) § 202 BGB.

[68]) a. a. O. S. 12.

[69]) § 194 BGB.

[70]) Uebrigens beginnt nicht unter allen Umständen eine neue Verjährung, wenn ein Vierter oder Fünfter ꝛc. die Sache bösgläubig er-

über den Beginn der Verjährung näher. Auch bezüglich der Entstehung des Anspruchs aus § 1007² begeht Feustel a. a. O. den Fehler, das Moment der Besitzerlangung nicht genügend zu beachten. Wenn der Besitzer „seiner Sache wider seinen Willen beraubt" wird, so wird dies freilich in sehr vielen Fällen die Entstehung seines Anspruchs aus § 1007² bedeuten, aber nicht allein deshalb, weil er seinen Besitz verliert, sondern weil ein Anderer da ist, welcher gleichzeitig den Besitz der Sache ergreift. Fehlt aber dieser Andere, also in den vielen Fällen, in denen eine Sache verloren geht, ohne daß sie von einem Anderen gefunden wird, so ist ohne Zweifel der Anspruch aus § 1007² noch nicht entstanden, denn wie will man sich hier eine Klage denken? Auch der Anspruch aus § 1007² entsteht erst mit der Besitzergreifung, auch hier ist eine Annäherung an das gemeine Recht gegenüber § 985 zu bemerken.

Keinem Bedenken unterliegt es endlich, die Klage aus § 1007 ebenso für vererblich und übertragbar zu erklären[71]), wie die rei vindicatio, die Klage aus § 985 und die Publiciana[72]) dies sind.

---

wirbt. Hier kommt die Vorschrift des § 221 in Betracht, die bei Rechtsnachfolge **accessio temporis** gewährt. Nur wenn die Rechtsnachfolge unterbrochen wird — etwa durch unabwendbaren Verlust — so entsteht gegen einen späteren bösgläubigen Erwerber ein neuer Anspruch mit neuer Verjährung. Das Gleiche trifft zu, wenn bei ununterbrochener Rechtsnachfolge einer der Successoren gutgläubig ist; denn die Klage aus § 985 oder § 1007², die gegen diesen statthaft gewesen wäre, ist nicht der im § 221 verlangte identische Anspruch.

[71]) vgl. Gierke a. a. O. pg. 51, Endemann a. a. O. pg. 185, Müller a. a. O. pg. 29 f., Miethke a. a. O. pg. 18.

[72]) **frr.** 37, 57, **de r. i.**, 50, 17, **fr.** 7 § 9 **fr.** 9 **pr. h. t.**

2. Die beiden Klagen gemeinsamen Voraussetzungen.

a. Der frühere Besitz.

„Wer eine bewegliche Sache im Besitz gehabt hat", kann dieselbe unter gewissen weiteren Voraussetzungen nach § 1007 vindizieren. Der frühere Besitz ist die erste und Grund-Voraussetzung der Klage aus § 1007. Die Anstellung derselben ohne den Nachweis früheren Besitzes ist undenkbar. Dagegen ist, wie bereits oben Seite 11 bemerkt, nach herrschender Meinung der frühere Besitz des Klägers notwendige Voraussetzung der Publiciana nicht in allen Fällen, sondern nur dann, wenn „die Besitzerlangung Bestandteil der Erwerbsthatsache ist, auf welche sich der Kläger beruft."[74]) Freilich ist die hier aufgestellte Norm eine Hypothese, die sich nicht mit absoluter Sicherheit auf den Quellen aufbauen läßt. Neuerdings ist sie häufiger, besonders von Dernburg[75]) bekämpft worden, und man hat die diametral entgegengesetzte Meinung aufgestellt, der Publiciana-Kläger müsse stets im Besitz der Sache gewesen sein; die entgegenstehenden Stellen sucht man dabei als vereinzelte Ausnahmefälle, als Singularitäten hinzustellen. Es würde hier zu weit führen, das Für und Wider in dieser schwierigen Frage wieder einmal in allen Einzelheiten aufzurollen; Verfasser schließt sich der herrschenden Meinung hauptsächlich deshalb an,

[74]) Windscheid, Pand. I § 199[9]; Huschke a. a. O. S. 22, 60.

[75]) Pand. I § 228[8], vgl. ferner Szymanski, setzt die a. P. chem. Besitzerw. voraus; Sonnenthal, Ist Besitz notwendige Vorauss. d. a. P.; Rittshausen Ueber die Besitzerw. d. Klägers als notwend. Vorauss. d. a. P.

weil mehrere Stellen[76]) die betreffenden Fälle unter ausdrücklicher Hervorhebung[77]) des Mangels klägerischen Besitzes anführen, während keine einzige ebenso klar die behauptete allgemeine Notwendigkeit des Besitzerwerbes ausspricht. Zu bedenken ist jedenfalls bei der Unsicherheit der Quellenergebnisse, daß die herrschende Meinung dem von Dernburg selbst an anderer Stelle[78]) betonten Prinzip der Emanzipation der Publiciana von den Eigentümlichkeiten der Ersitzung mehr entspricht. Zugegeben wird von den Vertretern der herrschenden Meinung, daß die Fälle, in denen Besitzerlangung notwendig ist, bei weitem zahlreicher und wichtiger als die übrigen sind.

Die Fälle, in denen der Erwerb nach römischem Rechte ohne Besitzerlangung vor sich geht, sind folgende: Adjudikation, Legat, donatio mortis causa, Universalfideikommiß und Fruchterwerb. Bei der Adjudikation kommt für das BGB. nur das constitutive Urteil im Teilungsprozeß in Betracht, das dem bürgerlichen Recht da fehlt, wo es sich um bewegliche Sachen handeln kann, vgl. §§ 749, 752 f., 757, 2042, dazu § 920 BGB.; die Vergleichung mit § 1007 ist hier also nicht mehr von materiellem Wert. Das Legat ist im bürgerlichen Recht nur noch Damnationslegat, das heißt: ein dingliches Recht an der vermachten Sache erwirbt der Legatar erst dann, wenn ihm der Erbe in Erfüllung seiner rein obligatorischen Verpflichtung das Eigentum verschafft hat, und dies kann der Erbe in der Regel nur unter gleich-

---

[76]) fr. 9 § 6, fr. 11 § 2, fr. 12 § 1, fr. 15 h. t.

[77]) Die angesichts der sonst beliebten Analogie mit der Ersitzung durchaus nicht überflüssig war.

[78]) Pand. I § 228 nach Anm. 4, ferner bei Anm. 11 u. 13.

zeitiger Uebertragung bzw. Verschaffung des Besitzes, sodaß in diesen Fällen auch stets § 1007 zusteht. Nur wenn der Erbe selbst nicht im Besitz war bezw. den Besitz auf Grund §§ 868, 870 erlangt hatte, sondern nur einen Herausgabe-Anspruch ohne mittelbaren Besitz nach § 868 gegen den jetzigen Besitzer besaß, kann sich die Sachlage ähnlich gestalten, wie bei der publicianischen Vindikation des Legatars (nach herrschender Meinung): Der Legatar hat einen Vindikationsanspruch erhalten, ohne jemals Besitz gehabt zu haben (§§ 931, 934 BGB.) und in diesem Falle allerdings versagt § 1007. Für die mortis causa donatio gilt abgesehen von den Fällen, in denen nach § 2301 Abs. 2 BGB. die Leistung des zugewendeten Gegenstands und damit die Besitzübertragung bereits zu Lebzeiten des Schenkers stattgefunden hat, dasselbe wie für das Legat, da die m. c. don. nach § 2301 Abs. 1 im Uebrigen genau wie ein Legat zu behandeln ist. Das Universalfideikommiß wird im BGB. durch das Institut der Nacherbfolge ersetzt. Der Nacherbe ist in keiner Beziehung wie ein Vermächtnisnehmer behandelt; „mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge fällt die Erbschaft dem Nacherben an" (§ 2139 BGB.)[79]) Nun geht aber der Besitz auf den Erben über (§ 857), was im römischen Recht nicht der Fall ist; während also der Erwerb eines publicianischen Rechts ohne Besitzerwerb auf Grund des s. c. Trebellianum vermutlich nicht zu den Seltenheiten gehörte, ist der Erwerb eines Herausgabeanspruchs seitens des Nacherben ohne gleichzeitige Erlangung des Besitzes eine Ausnahme. Auch der Fruchterwerb des Nichteigentümers

[79]) vgl. hierzu Feustel a. a. O. S. 30 f.

erfolgt nach BGB. in der Regel nicht ohne Erlangung des Besitzes. Dies ist zwar im Gesetzbuch nicht ausgesprochen, folgt aber daraus, daß der Erwerb im Augenblicke der Trennung stattfindet, und daß in diesem Augenblick die fruchttragende Sache noch im Besitz des fruchterwerbenden Eigenbesitzers gewesen sein muß (§ 955 Abs. 1, Ausnahme Abs. 3, s. u.). Denn es ist kaum denkbar, daß die Frucht selbst sich nicht ebenfalls in diesem Augenblick noch in der „thatsächlichen Gewalt" § 854 des Besitzers befunden habe. Und selbst wenn man, wie dies von mehreren Autoren[80]) geschehen ist, das Erfordernis eines animus possidendi für das BGB. aufstellt, so bleibt doch, wenn auch nicht mit logischer Notwendigkeit, so doch praktischer Wahrscheinlichkeit das Ergebnis, daß der Fruchterwerb des Nichteigentümers nach BGB. in der Regel nur unter gleichzeitiger Erlangung des Besitzes stattfindet. Jedoch ist auf die oben in Parenthese erwähnte Ausnahme hinzuweisen: nach Abs. 3 des § 955 findet die Vorschrift des § 940 Abs. 2 „entsprechende Anwendung", d. h. der Fruchterwerb findet auch dann statt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn (nachdem die Sache inzwischen Früchte trug) binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat." Hier haben wir also einen Fall des Fruchterwerbs seitens eines Nichteigentümers ohne gleichzeitige Besitzerlangung; hier versagt § 1007.

In den im Vorstehenden aufgezählten und untersuchten Fällen, in denen nach der vorherrschenden Meinung publicianisches Recht ohne Besitz erworben wird, überragt daher,

[80]) vgl. Dernburg, das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens S. 53.

wie gezeigt, die Publiciana das Gebiet des auf früherem Besitz aufgebauten § 1007. Sucht man jedoch die entsprechenden Fälle innerhalb des Systems des BGB. auf, so schrumpfen sie zu geringer Zahl und Bedeutung zusammen, weil der Erwerb dinglicher Rechte im BGB. fast stets vom Erwerb des Besitzes begleitet wird, der von jeher im deutschen Mobiliarsachenrecht als „Gewand" des dinglichen Rechts von diesem unzertrennlich war.[81]) Wo aber die Publiciana sich auf Besitz stützt — und dies ist ja unbestritten ihr Hauptgebiet — da steht auch überall die Klage aus § 1007 zu, deren Gebiet in dieser Beziehung weit über die Publiciana hinausreicht.

Der Besitzbegriff des BGB., wie er in § 1007 Anwendung findet, ist nämlich ein viel weiterer, als der römische. Auf der einen Seite fügt das BGB. zu dem gemeinrechtlichen Besitzerwerb durch Stellvertreter und zum constitutum possessorium noch eine weitere Fiktion hinzu, deren Ursprung beim deutschen Recht zu suchen ist: Der Besitz geht auf den Erben über.[82]) Dies ist indessen für die Gegenüberstellung von Publiciana und § 1007 gleichgiltig, da der publicianische Anspruch auch ohne Besitzerwerb auf den Universalsuccessor übergeht; dagegen ist in dieser Beziehung eine andere Fiktion von Bedeutung: nach römischem Recht ist der Eigentümer bezw. Eigenbesitzer, dem ein sogenannter abgeleiteter Besitzer zur Seite steht, ad unam tantum causam, nämlich nur in Bezug auf den Lauf seiner Ersitzung[83]) Besitzer; nach BGB.

---

[81]) vgl. Gierke a. a. O. Kapitel I.

[82]) Dagegen römisches Recht: fr. 23 pr., fr. 30 § 5 de ad qu. v. am. p. 41, 2.

[83]) fr. 16 de usurp. et usuc. 41, 3.

§ 868 dagegen ist der hier vergleichbare Verpfänder oder der mittelbare Besitzer einer sequestrierten Sache schlechthin „Besitzer", er kann also die Klage aus § 1007 anstellen, während der publicianische Erwerber, solange er nicht anders als ad usucapionem tantum besessen hat — er hat vielleicht die ihm verkaufte Sache, noch ehe er sie empfing, verpfändet — nicht vindicieren kann.

Daß, wie im Vorhergehenden behauptet, der „mittelbare Besitzer" zur Klage aus § 1007 aktiv legitimiert ist, ist nur von Wendt[84]) bestritten worden, der aus dem Wortlaut der Legaldefinition des mittelbaren Besitzes in § 868 den Schluß ziehen zu können geglaubt hat, daß der mittelbare Besitz dem unmittelbaren nur da rechtlich gleichgestellt werden darf, wo dies das Gesetz expressis verbis thut, wie z. B. in §§ 869, 1006, daß aber überall da, wo das Gesetz nur von „Besitz" schlechtweg spricht, der mittelbare Besitz nicht mit hierunter verstanden werden darf. Daß gerade das Gegenteil dieser Auslegung seitens der II. Kommission beabsichtigt war, daß der mittelbare Besitz unter dem Worte „Besitz" regelmäßig mitverstanden sein sollte, teilen die Protokolle[85]) mit. Die Wendt'sche Theorie ist auch allgemein abgewiesen worden.[86])

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß das Gesetzbuch

---

[84]) Wendt, der mittelbare Besitz des BGB., Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 87, pg. 40 ff.: ferner Gutachten in den Verhandlungen des 24. d. Juristentages Bd. III pg. 3 ff.

[85]) Mugdan, Materialien zum BGB. Bd. III pg. 516.

[86]) Vor allem von Gierke, a. a. O. pg. 53 ff., und Gutachten in den Verhandlungen des 24. d. Juristentages Bd. III pg. 29 ff., Strohal, der Sachbesitz nach dem BGB., Jhering's Jahrbuch Bd. 38, S. 45 ff.; vgl. auch Klein, der mittelbare Besitz des BGB.

selbst zu dem von Wendt ausgesprochenen Gedanken einen gewissen Anreiz darbietet: Ausgangspunkt und wesentliches Moment des Besitzbegriffs ist im BGB. allein die körperliche Innehabung, ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt ein Besitzwille vorhanden ist[87]), oder ob dieser Besitzwille auf Eigen- oder Fremdbesitz abzielt, und es mußte daher mehr oder weniger als Ausnahme erscheinen, wenn das Gesetz nun auch solchen Personen, denen in Wirklichkeit diese Innehabung fehlt, den Besitz zuschreibt. Das römische Recht vertrat einen geradezu entgegengesetzten Standpunkt. Es erforderte für den Besitz die beiden Merkmale der körperlichen Innehabung und des Besitzwillens[88]), und zwar des Willens, für sich zu besitzen. In den meisten Fällen obligatorischer oder dinglicher Rechtsverhältnisse, welche ein zeitweiliges Entfernen der Sache aus der körperlichen Innehabung bedingten, hält nun das römische Recht den Besitzbegriff trotz des Fehlens des corpus aufrecht.[89]) Andererseits betrachtete es den thatsächlichen Inhaber bei diesen Rechtsverhältnissen in der Regel nicht als Besitzer.[90]) Das Gleiche galt auch für den Neuerwerb des Besitzes durch einen Stellvertreter.[91]) Während also im römischen Recht der nicht detinierende Besitzer entschieden die primäre, der Detentor die sekundäre Stellung einnimmt, stellt das BGB. den Besitzbegriff in

---

[87]) 854 A. M. Endemann, Lehrbuch des BR. Bd. III § 37; Dernburg, a. a. O. § 17.

[88]) **fr. 3 § 1 de adqu. v. am. poss. 41, 2.**

[89]) **fr. 3 § 1 de adqu. v. am. p. 41, 2, fr. 37 de pign. act. 13, 7.**

[90]) **quia non habet animum possidentis fr. 1 § 20 de a. p. 41, 2.**

[91]) Sofern dieser nicht zunächst für sich selbst erwerben wollte, vgl. Windscheid Pand. I § 155, Dernburg Pand. I § 181; vgl. **fr. 7 § 10 h. t.**

erster Linie für den unmittelbaren Besitzer auf und leitet erst hiervon den Begriff des mittelbaren Besitzes ab.

Dennoch wird angenommen werden müssen, daß in dem mittelbaren Besitz des § 868 BGB. noch soviel vom römischen Begriff des nicht innehabenden Besitzers steckt, daß wir den mittelbaren Besitz nicht mit Wendt ganz als etwas Sekundäres betrachten dürfen; man wird vielmehr überall da, wo gegen die Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf den mittelbaren Besitzer keine Bedenken entgegenstehen[92]), also auch bei der Aktivlegitimation in § 1007, dies thun dürfen.[93]) Diejenigen Bestimmungen, welche den mittelbaren Besitz gesondert aufführen, bilden entweder eine Einschränkung der allgemeinen Anwendung, wie § 869, oder sie räumen nur die Bedenken aus, die gegen diese allgemeine Anwendung des Begriffs auftauchen könnten.

Während also nach BR. der frühere mittelbare Besitzer stets zur Klage aus § 1007 aktiv legitimiert ist, war nach römischem Recht, wie oben Seite 40 gesehen, in einigen entsprechenden Fällen der Eigenbesitzer nur ad usucapionem Besitzer; im Uebrigen stand bezüglich der Besitzfrage der römische Eigenbesitzer, soweit er seine Sache verlieh, deponierte, vermietete u. s. w. mindestens gleich günstig wie der mittelbare Besitzer nach BGB.

Der Fremdbesitzer dagegen hat im römischen Recht meistens eine ganz andere und zwar viel ungünstigere Stellung als im heutigen. Im Allgemeinen war das römische Recht nicht geneigt, Fremdbesitzern die Rechtsstellung von Besitzern

---

[92]) vgl. Klein a. a. O. pg. 42.

[93]) Uebereinstimmend Gierke pg. 50, Müller pg. 29, Feustel pg. 12, Giese pg. 40; mit einer Einschränkung auch Miethke pg. 14.

einzuräumen. Entleiher, Verwahrer, Mieter, Finder u. s. w. betrachtete man als abhängige Funktionäre des ihnen übergeordneten Eigenbesitzers; nicht einmal possessorischen Schutz gewährte ihnen das ältere Recht, geschweige denn eine Vindikation wie die Publiciana. Aber auch dem sogenannten abgeleiteten Besitzer, Pfandgläubiger, Prekaristen u. s. w. gewährte man keine Vindikation: — pigneraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa sc. retione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse (fr. 13 § 1 h. t.). Publiciana-Kläger konnte nur der frühere Eigenbesitzer sein. Demgegenüber ist für das BR. zu bemerken, daß jeder Besitz, soweit er nicht unter den Begriff des § 855 fällt, zur Klage aus § 1007 legitimiert, also sowohl Eigenbesitz wie Fremdbesitz, sowohl Fremdbesitz zu eigenem wie zu fremdem Nutzen, sowohl Nutzungs- wie Verwaltungsbesitz.[94]) Damit hat also der Entleiher, Verwahrer, Mieter u. s. w. ein dingliches Verfolgungsrecht erhalten, welches ihm das römische Recht versagte. Denselben Standpunkt, den dieses gegenüber den bezeichneten Rechtsverhältnissen einnahm, bringt aber das BGB. wiederum in § 855 zur Geltung. Nach unserer heutigen Anschauung sind Entleiher, Verwahrer, Mieter u. s. w. nicht mehr abhängige Funktionäre, daher die ihnen verliehene rechtliche Selbständigkeit; dagegen haben wir auch heute noch eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen, in denen

[94]) Gierke a. a. O. pg. 50, vgl. die Citate oben Anm. 93. Diese Auffassung des Leih-, Miet-, Hinterlegungs-Besitzes als einer selbständigen, die Vindikation verleihenden Sachherrschaft hat das BGB. dem deutschen Recht entnommen, vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen pg. 106 ff., Heusler, Institutionen II § 118, Huber a. a. O. pg. 12 ff.

der thatsächliche Inhaber einer Sache keine selbständige Herrschaft über dieselbe ausübt, sondern als abhängiger Funktionär eines Anderen, eines über ihm stehenden Herren nur für diesen die Sache inne hat.[95]) Ein solcher Inhaber ist nicht zur Klage aus § 1007 aktiv legitimiert.[96])

Die actio Publiciana gründete sich auf begonnenen aber noch nicht vollendeten Ersitzungsbesitz. Von den Erfordernissen der Ersitzung wurde die Vollendung derselben fingiert und damit genügte es, ebenso wie bei der Klage aus § 1007, wenn auch nur für einen kurzen Augenblick Besitz erlangt war, fr. 12 § 7 h. t. In beiden Rechten wird aber schon wegen der Schwierigkeit des Beweises der Fall des momento possidere selten praktisch werden.

b. Der gute Glaube.

Im römischen Recht bildet der gute Glaube des Klägers beim Erwerb offenbar eine Voraussetzung des publicianischen Anspruchs[97]; das moderne Prozeßrecht, das bezüglich der Substanzierung des Klaggrundes strengeren Grundsätzen huldigt als das römische, führte zu der freilich nicht allgemein anerkannten Theorie[98]), der Kläger brauche das Vorhandensein seines guten Glaubens nicht zu beweisen. Wenn das BGB., um jeden Zweifel über die Beweislast zu vermeiden,

---

[95]) Bekker nennt diesen Inhaber einen „Besitzdiener".

[96]) Gierke a. a. O. pg. 50, vgl. die Citate oben Anm. 93.

[97]) qui bona fide emit heißt es ausdrücklich fr. 7 § 11 f. h. t. und an vielen anderen Stellen.

[98]) Ihering, der Besitzwille, pg. 160, Wächter, die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums, pg. 45, Dernburg Band. I § 220[32], dagegen insbesondere Windscheid Band. I § 178[7]a.

in § 1007[3] bestimmt hat: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war," so ist mit dieser negativen Fassung der bona fides in Gestalt einer Einwendung nicht gesagt, daß für die Entstehung des mit der Klage aus § 1007 zu verfolgenden Anspruchs das Moment des guten Glaubens unwesentlich ist. Vielmehr müssen wir den guten Glauben des Klägers beim Erwerb ebenso als eine Grundvoraussetzung des Anspruchs ansehen, wie bei der Publiciana. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Kläger beim Erwerb nicht in gutem Glauben, er kann nur dann entstehen, wenn der Kläger in gutem Glauben war.[99] Nur ist dem Kläger nicht die Notwendigkeit auferlegt, das Vorhandensein desselben zu erweisen, sondern es bleibt dem Beklagten überlassen, auf diesen Punkt seinen Gegenangriff zu richten. Ob auch die auf andere Weise als durch Vorbringen des Beklagten zur Kenntnis des Richters gelangende mala fides den Anspruch des Klägers „ausschließt", ist insofern bestritten, als Endemann a. a. O. § 44[10] behauptet, die Formel „der Anspruch ist ausgeschlossen" bedeute eine peremptorische Einrede; daraus müßte der Schluß gezogen werden, daß auch aus § 1007[3] eine peremptorische Einrede entspringt und die mala fides des Klägers dessen Anspruch nur dann „ausschließt", wenn dieselbe vom Beklagten vorgebracht wird. Dies ist aber ein Ergebnis, welches der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Geradeso wie der Erwerber vom Nichteigentümer nach § 932 ff. entweder Eigentum erwirbt, nämlich wenn er beim Erwerb in gutem Glauben war,

[99]) vgl. Feustel a. a. O. pg. 21 f., Miethke a. a. O. pg. 29 f.

oder es nicht erwirbt, nämlich wenn er nicht in gutem Glauben war, so entsteht offenbar auch das Besitzrecht, das mit der Klage aus § 1007 verfolgt werden kann, nur dann, wenn der Kläger bei dem Erwerb seines Besitzes in gutem Glauben war; war er dies nicht, so ist, ebenso wie für den bösgläubigen Erwerber nach § 932[2] kein Eigentum entsteht, für ihn kein mit der Klage aus § 1007 verfolgbares Recht entstanden, und nur dann, wenn sich seine mala fides der Kenntnis des Richters entzieht, gelingt es ihm, einen Anspruch durchzusetzen, der ihm in Wirklichkeit nie zugestanden hat. Es wäre geradezu unsinnig, dem malae fidei-Erwerber ein revokables Besitzrecht zuzugestehen, das nur durch Klage oder durch den Willen eines beklagten gegenwärtigen Besitzers zerstört werden kann.[100])

Ueber die Frage, wie der dem Beklagten obliegende Beweis des schlechtgläubigen Besitzerwerbs des Klägers geführt wird, vgl. weiter unten.

Was sodann den Begriff des guten Glaubens anbetrifft, so giebt die gemeinrechtlich herrschende Theorie die Definition: guter Glaube beim Sacherwerb ist das redliche, das heißt auf nicht fahrlässigem Irrtum beruhende Bewußtsein, daß man mit der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begeht.[101]) Daß eine derartige allgemeine und allgemeingiltige Definition auch für das BGB. aufgestellt werden könne, bestreitet Giese[102]); er stellt aber selbst eine (seiner Ansicht nach nur für § 1007 spezifisch anwendbare) Definition

[100]) vgl. hierzu Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 58 pg. 129, Feustel a. a. O., Miethke a. a. O., Giese a. a. O. pg. 71 f., Anm. 4

[101]) vgl. Windscheid, Pand. I § 176[2—3], Dernburg, Pand. I § 194[6—8].

[102]) a. a. O. pg. 58 f.

auf, die thatsächlich allgemein angewendet werden kann[103]): redlicher Besitzerwerber ist, wer „ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, daß er zum Besitz berechtigt sei." Diese Definition stimmt mit der gemeinrechtlichen im wesentlichen überein; sie findet ihre Stütze außer in mehreren anderen Bestimmungen des BGB. besonders in der Originalfassung des Antrags in der II. Kommission, aus welcher § 1007 hervorgegangen ist; zuerst vertreten wurde sie von Gierke[104]); Endemann[105]) modifizierte sie dahin, daß Gegenstand des guten Glaubens nicht das mit dem Besitzerwerb vollendete und verwirklichte Besitzrecht, sondern das Recht auf den Besitz ohne Rücksicht auf seine Verwirklichung, das Recht zur Besitzergreifung sei. Der Gierke'schen Definition folgt Müller[106]), der Endemann'schen Feustel.[107]) Miethke[108], giebt eine abweichende und, wie weiter unten zu zeigen sein wird, falsche Definition.

In der Gierke-Endemann'schen Definition[109] stecken zwei Behauptungen, die des Beweises bedürfen. Die eine ist die Annahme, daß auch ohne besondere gesetzliche Erklärung im bona fides-Begriff des § 1007 das grobfahrlässige Nichtwissen dem Wissen gleichzustellen sei; die andere besagt, daß der Gegenstand des guten Glaubens das Recht zum Besitz bezw. zur Besitzergreifung sei, und zwar das eigene Recht,

[103]) a. a. O. pg. 61.
[104]) a. a. O. pg. 51.
[105]) a. a. O. III § 46[1].
[106]) a. a. O. pg. 30.
[107]) a. a. O. pg. 14.
[108]) a. a. O. pg. 12[3].
[109]) Der geringfügige Unterschied zwischen den beiden soll im Folgenden zunächst unberücksichtigt gelassen werden.

nicht etwa das Recht des auctor, auch nicht etwa das Eigentum, weder das eigene noch das des auctor.

Die erste, zuerst von Gierke[110] aufgestellte Behauptung ist bisher allseitig unwidersprochen angenommen worden.[111] Gierke nimmt an, die in § 932 II ausgesprochene Gleichstellung des grobfahrlässig verschuldeten Nichtwissens mit dem Wissen gelte generell für alle Fälle, in denen das BGB. den Begriff des guten Glaubens anwende, ohne die Gleichstellung auszuschließen. Nun enthält die Legaldefinition des § 932 II, wie sogleich weiter zu behandeln ist, außer dieser Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus noch eine einschränkende Spezialbestimmung, die nicht analog angewendet werden darf. Ist es nicht bedenklich, diese zwei Elemente einer und derselben Definition bezüglich ihrer Übertragbarkeit auf andere Gesetzbestimmungen so verschieden zu bewerten? Die Geschichte der Redaktion unseres Gesetzbuchs behebt dieses Bedenken; in der Originalfassung des jetzigen § 1007[112] war die Gleichstellung ausdrücklich in Parenthese beigefügt: „— nicht in gutem Glauben war (d. h. den Mangel des Rechts zum Besitz gekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat)." Es liegt aber kein Grund zu der Annahme vor, daß diese Gleichstellung aus anderen als redaktionellen Gründen gestrichen sei. Ferner ist zu beachten, daß die beiden Elemente der Legaldefinition in zwei ganz verschiedene Kategorien gehören; die erwähnte Spezialvorschrift bezieht sich auf den Gegen-

[110]) a. a. O. pg. 51[19]. Ausgeschlossen ist die Gleichstellung z. B. im § 937 II; „oder wenn er später erfährt".

[111]) Endemann a. a. O. § 46[11]; Feustel a. a. O. pg. 14; Müller a a. O. pg. 30; Giese a. a. O. pg. 61; Miethke a. a. O. pg. 12.

[112]) Protokolle der II. Komm. bei Mugdan III pg. 381.

stand des guten Glaubens, die Gleichstellung von culpa lata und dolus hingegen betrifft die Intensität desselben. Diese beiden Kategorieen vertragen aber sehr wohl eine durchaus verschiedenartige Behandlung.

Die zweite in der Gierke-Endemann'schen Definition enthaltene Behauptung ist bislang fast durchweg mit einfacher Bezugnahme auf § 932 II begründet worden. Nur Giese[116] schreibt dem bona fides-Begriff des § 932 eine spezifische Natur zu. In der That enthält, wie schon oben angedeutet, die Legaldefinition des § 932 II eine Spezialbestimmung, die eine Einschränkung des vom Gesetz stillschweigend angenommenen, aber nicht definierten weiteren Begriffs des guten Glaubens[117] bezweckt und so formuliert ist, daß sie zur Definition dieses letzteren Begriffs nicht verwendbar ist. § 932 bestimmt nämlich, daß zum guten Glauben die Überzeugung, daß der auctor veräußerungsbefugt sei, nicht ausreicht;[118] vielmehr muß der Erwerber der Überzeugung sein, daß der Veräußerer Eigentümer der Sache ist. Aus dieser Bestimmung kann man nicht ersehen, was das BGB. im allgemeinen unter gutem Glauben versteht. Ferner muß man im Auge behalten, daß § 932 nur vom derivativen Erwerb handelt und daß die Definition des Absatzes II ganz auf dieses Gebiet zugeschnitten ist, sodaß man auch aus diesem Grunde aus § 932 II keine Schlüsse auf einen allgemeingiltigen bona fides-Begriff des BGB. ziehen kann. Wenn also schon ein solcher

[116]) a. a. O. pg. 59.

[117]) vgl. auch Dernburg, Das BR. III § 98[3].

[118]) während diese Überzeugung nach HGB. § 366 ausreicht, wenn der Veräußerer Kaufmann ist und die Veräußerung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt.

allgemeiner Begriff aus § 932II nicht abgeleitet werden kann, wievielmehr müssen wir uns dann davor hüten, aus dieser Legaldefinition auf einen im Besonderen für § 1007 giltigen Begriff zu schließen! Der Erwerb des Besitzes, der zur Klage aus § 1007 legitimiert, kann zunächst einmal garnicht ohne Weiteres mit dem Erwerb des Eigentums in Parallele gestellt werden; dann aber haben wir keine Veranlassung, von dem Kläger aus § 1007 zu verlangen, daß er bei seinem Erwerb auf eine besondere Qualifikation seines Besitzvorgängers geachtet haben müsse, ganz abgesehen davon, daß es in der That logisch unmöglich ist, die verschärfende Bestimmung des § 932II analog auf den Besitz des Klägers aus § 1007 anzuwenden. Und wenn § 932 nur von derivativem Erwerb handelt, so muß demgegenüber darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Erwerb des Besitzes, der zur Klage aus § 1007 legitimiert, prinzipiell als ein originärer zu betrachten[119] ist; nur der auf Grund der Besitzfiktionen des BGB. erlangte Besitz kann als derivativ erworben betrachtet werden.

Die Autoren, welche sich bei der Definition des guten Glaubens für § 1007 auf § 932 beziehen, entgehen nur durch eine Inkonsequenz einem Irrtum; Miethke, der diese Inkonsequenz nicht beging, gelangte zu der unrichtigen Meinung,[120] mala fides nach § 1007 liege dann vor, wenn der Erwerber „gewußt — habe, daß der Veräußerer zur Besitzübertragung an ihn nicht berechtigt gewesen sei." Eine Rechtfertigung dieses von Gierke bezw.

---

[119]) vgl. Endemann a. a. O. § 35, dazu auch Dernburg, Pand. I § pg. 177[1].

[120]) a. a. O. pg. 12[3].

Endemann abweichenden Standpunktes giebt Miethke nicht, die Irrtümlichkeit desselben ergiebt sich aus dem Vorhergesagten.

Daß der zur Bestimmung des bona fides-Begriffs in § 1007, wie gezeigt, völlig unbrauchbare § 932 II bisher fast ausschließlich hierfür angezogen worden ist, muß umsomehr verwundern, als wir an einer anderen Stelle des Gesetzes, in § 990 I, also sogar am Sitze unserer Materie eine fertige, ohne Weiteres auf § 1007 passende Legaldefinition finden. Das Gesetz sieht sich hier, wie an verschiedenen anderen Stellen (§§ 937, 955, 957) aus redaktionellen Gründen zur Umschreibung des Begriffs „guter Glaube" genötigt: während in Satz 1 von der Schlechtgläubigkeit des Besitzers (nicht des Eigenbesitzers) beim Erwerb die Rede ist, heißt es in Satz 2: „erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist." Es ist ganz klar, daß diese beiden mala fides-Fälle sich nur darin unterscheiden, daß die mala fides im ersteren Falle beim Erwerb, im letzteren dagegen später, als mala fides superveniens[121] auftritt. Der Gegenstand des guten Glaubens wird von der verschiedenartigen Fassung nicht berührt. Hier haben wir erst die zuverlässige Unterlage für die Gierke-Endemann'sche Definition: guter Glaube beim Erwerb des zur Klage aus § 1007 legitimierenden Besitzes ist die redliche Überzeugung, zum Besitz (bezw. zur Besitzergreifung) berechtigt zu sein.

Dieser Gegenstand des guten Glaubens bedarf wiederum einer begrifflichen Zergliederung. Was versteht das BGB.

[121]) und zwar ohne Gleichstellung des Wissens mit dem schuldhaften Nichtwissen.

unter „Recht zum Besitz"? Es kann zunächst kein Zweifel darüber entstehen, daß unter diesem Recht zum Besitz nicht das Recht verstanden werden kann, das dem Besitzer im Falle der Besitzentziehung oder -störung auf Grund der § 859, 861, 862 zusteht; sonst müßte ja sogar der Dieb, dem es bekannt ist, daß ihm gegebenenfalls diese Rechte zustehen, als gutgläubiger Besitzer gelten. Auch kann, wie Giese[122] richtig ausführt, das Recht zum Besitz nicht die formelle Rechtmäßigkeit des Besitzes, die Fehlerlosigkeit desselben nach § 858[I] bedeuten. Wir finden vielmehr die Grundlagen für unsere Begriffsbestimmung in den §§ 868 und 986. Das Recht zum Besitz ist ein materielles Recht (im subjektiven Sinne), dessen äußere Erscheinung, dessen Effekt der Besitz bildet. Ist dieses Recht (im subjektiven Sinne) noch nicht verwirklicht, noch nicht in die Erscheinung getreten, so sprechen wir von einem Recht zur Besitzergreifung. In die Gierke'sche Definition ist der erstere, in die Endemann'sche der letztere Begriff einzusetzen. Einstweilen sei der Einfachheit halber das Recht zur Besitzergreifung dem Recht zum Besitz gleichgestellt und schlechtweg als Recht zum Besitz bezeichnet.

Dieses materielle Recht (im subjektiven Sinne) kann seinen Ursprung entweder im Gesetz oder in einem Rechtsgeschäft haben, und zwar sowohl in einem einseitigen wie in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, sowohl in einem dinglichen wie in einem obligatorischen Vertrage.

Sind diese Voraussetzungen für das Entstehen des Rechts (im subjektiven Sinne) derart unvollständig, daß das Recht nicht entstehen kann, oder kommen andere Umstände

[122]) a. a. O. pg. 59.

hinzu, welche das Recht zeitweilig oder dauernd aufheben, und ist dies dem Erwerber bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, so ist er nicht in gutem Glauben.

Der Mangel in den Voraussetzungen des Rechts kann im Besonderen beim Erwerb durch einseitiges Rechtsgeschäft, durch Besitzergreifung (Fund, Aneignung) darin bestehen, daß der Besitzergreifung ein Recht eines Dritten entgegensteht, welches zum Besitz berechtigt;[123] dies kann sein Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht, aber auch Miete, Leihe, Verwahrung ꝛc. Beim Erwerb durch Vertrag kann ebenso wie im ersteren Falle der Mangel in dem Vorhandensein eines entgegenstehenden Rechts eines Dritten[125] beruhen, ferner aber auch vor allem in der Nichtberechtigung des auctor, sei es, daß dieser nicht Eigentümer oder nicht zur Veräußerung berechtigt ist, sei es, daß ihm die Befugnis zur Verleihung, Deponierung, Vermietung ꝛc. fehlt oder daß er Nießbrauch oder Pfandrecht nicht bestellen darf.[126] Beim Erwerb durch Vertrag sind aber nicht nur die Elemente des Rechtsgeschäfts ins Auge zu fassen, welche den auctor und das von ihm überkommene Recht betreffen, sondern auch alle sonstigen Umstände, welche auf die Entstehung des Rechts einen Einfluß ausüben können. In dieser Beziehung finden wir bei Gierke und Müller, die augenscheinlich bestrebt waren, die Fälle der mala fides bei § 1007 vollzählig aufzuführen, eine Lücke. Giese[127] ergänzt zutreffend

---

[123]) vgl. Giese a. a. O. pg. 60; Gierke a. a. O. pg. 51. Müller a. a. O. pg. 30.

[125]) Aber wiederum nur eines solchen, welches zum Besitz berechtigt, vgl. Giese a. a. O.

[126]) vgl. Gierke a. a. O. pg. 52.

[127]) a. a. O. pg. 60.

den Katalog der mala fides-Fälle dahin, daß auch die Kenntnis von Mängeln der das Rechtsgeschäft begründenden Willenserklärungen [128] sowie die Kenntnis entgegenstehender gesetzlicher Verbote [129] schlechtgläubig macht. Ob auch, wie Giese meint, die Kenntnis eines Formmangels [130] dem guten Glauben widerstreitet, könnte zweifelhaft erscheinen, da dies vom Standpunkt des Gesetzgebers aus als zwecklos bezeichnet werden könnte. Es ist indessen diese Konsequenz unserer Definition nicht zu vermeiden.

Es ist nun noch festzustellen, wann nach dem Rechte der Publiciana und nach demjenigen des § 1007 der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein, und ob bezw. wie lange er nach dem Erwerb fortdauern muß. Nach § 1007 III ist der Anspruch aus § 1007 I oder II „ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war." Hat also einmal der gutgläubige Erwerb stattgefunden, so kann dem Erwerber selbst eine positive spätere Kenntnis des Besitzrechtsmangels nicht mehr schaden; mala fides superveniens non nocet. Das gleiche Prinzip hat auch das römische Recht für den Erwerb, der zur publicianischen Klage aktiv legitimiert.[131] Viele behaupten aber,[132] die gemeinrechtlich

---

[128]) Nichtigkeit infolge von Geschäftsunfähigkeit des auctor, Mentalreservation, Scherz ꝛc., Unwirksamkeit infolge von Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit oder Mangel der Vertretungsmacht auf Seiten des auctor, Anfechtbarkeit infolge von Irrtum, Täuschung oder Drohung.

[129]) Insbesondere auch die Kenntnis der Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts, § 138 BGB.

[130]) In Betracht kommen kann dies bei dem Erwerb von Zubehörstücken zu einem ohne schriftlichen Vertrag veräußerten Grundstück.

[131]) fr. 7 §§ 12, 14 h. t.

[132]) vor allem Windscheid Pand. I. § 199[8].

gewordene Vorschrift des kanonischen Rechts, wonach für Verjährung und Ersitzung Fortdauer des guten Glaubens verlangt wird,[133] müsse analog auch auf die Publiciana angewandt werden, da zu dieser Klage der Ersitzungsbesitz legitimiert. Demgegenüber ist festzuhalten, daß ein solcher Zusammenhang zwischen den beiden Instituten usucapio und Publiciana nur in der klassischen und älteren Zeit bestand; zur Zeit Justinians war die Entwicklung der Publiciana zu einem selbständigen Rechtsinstitut bereits soweit fortgeschritten, daß eine Übertragung der später hinzugekommenen Ersitzungsvorschriften auf die Publiciana als unzulässig erscheint.[134]

So wird also nach beiden Rechten guter Glaube nur zur Zeit des Erwerbes erfordert. Dieser Zeitpunkt muß aber noch näher bestimmt werden. Im römischen Recht war die Besitzergreifung der maßgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein der bona fides.[135] Für eine besondere Erwerbsart, den Kauf, verlangte man guten Glauben auch zur Zeit des Vertragsabschlusses.[136] Das BGB. sagt in § 1007III: „bei dem Erwerb des Besitzes", stimmt also mit dem allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts überein; die Besonderheit für den Kauf ist fortgefallen. In letzterer Beziehung ist aber zu berücksichtigen, daß praktisch eine einmal eingetretene mala fides meist andauert, sodaß also der

---

[133]) c. 20 X. de praescr. 2,26.

[134]) vgl. auch oben Anm. 28.

[135]) fr. 2 pr. pro emt. 41,4, fr. 7 § 17, fr. 12 § 2 h. t.

[136]) fr. 7 §§ 11, 16, 17 h. t. Viele wollen diese Vorschrift analog auch auf Tausch, Schenkung und Dosbestellung angewendet wissen, vgl. Windscheid, Pand. I, § 1772.

bösgläubige Käufer meist auch zur Zeit der nachfolgenden Besitzergreifung nicht in gutem Glauben sein wird.

Wenn auch ein Andauern des guten Glaubens während der ganzen Besitzzeit nicht verlangt wird, so bedeutet doch wohl andererseits das „bei dem Erwerb des Besitzes" nicht gerade einen Augenblick von äußerster Kürze; wir müssen vielmehr annehmen, daß durch diese Formulierung der Kritik des guten Glaubens ein gewisser Spielraum kurz vor und kurz nach der Besitzergreifung gelassen werden sollte. Hier ist auch der Ort, des oben S. 48 angedeuteten Unterschiedes zwischen den beiden Definitionen von Gierke und Endemann zu gedenken. Unmittelbar vor der Besitzergreifung ist das Recht, das den Gegenstand des guten Glaubeus bildet, nur ein Recht zur Besitzergreifung; unmittelbar nach derselben kann man es schon als ein Recht zum Besitz bezeichnen. Das letztere Recht unterscheidet sich von dem ersteren nur dadurch, daß es schon einmal verwirklicht war; kann dieses plus für den Begriff des guten Glaubens irgend welche Bedeutung haben? Offenbar nicht. Richtiger ist es also, das minus, das nach dem Vorhergesagten den Vorteil hat, auf beide Zeitmomente, kurz vorher und kurz nachher zuzutreffen, in die Begriffsbestimmung aufzunehmen. Wir geben demnach der Endemann'schen Definition den Vorzug.

3. Die den beiden Klagen nicht gemeinsamen Voraussetzungen.

Während wir bisher in der Lage waren, das System unserer beiden Klagen auf gemeinsamer Basis aufzubauen, sind wir nunmehr genötigt, zu getrennter Darstellung über-

zugehen. Gutgläubiger Besitz legitimiert aktiv zu beiden Klagen; die weitere Begründung der letzteren ist aber eine durchaus verschiedenartige, sie birgt den eigentlichen Hauptgegensatz zwischen Publiciana und § 1007, und gleichzeitig den eigentlichem Gegensatz zwischen römischem und deutschem Vindikationssystem überhaupt in sich. Das römische Recht gab bei nachgewiesenem Erwerb grundsätzlich eine schrankenlose Vindikationsbefugnis: ubi rem meam invenio, ibi vindico. Das deutsche Recht dagegen gab einen Herausgabeanspruch grundsätzlich nur gegen den ersten Empfänger, der sich die Sache unter Eingehung einer Rückgabeverpflichtung hatte einhändigen lassen; nur dann, wenn die Sache gestohlen oder geraubt war, gewährte es dem Eigentümer einen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, eine Vindikation. Damit ist das Hauptunterscheidungsmerkmal gewonnen: die römische Vindikation stützt sich auf den Nachweis des (rechtmäßigen) Erwerbes, die deutsche auf den Nachweis des unabwendbaren Verlustes. Dieser Gegensatz trifft auch für die Publiciana und die Klage aus § 1007^{II} zu; aber auch die Klage aus § 1007^{I} steht in einem ähnlichen Gegensatz zur Publiciana: während bei dieser das Hauptgewicht auf den Nachweis über den Erwerb des Klägers gelegt wird, wird durch die Klage aus § 1007^{I} insbesondere der Erwerb des Beklagten einer Untersuchung unterzogen.

a. Die weitere Begründung der actio Publiciana: der Titel.

Wie für die Ersitzung eine iusta causa, ein (äußerer) Vorgang nötig war, der den Erwerb rechtfertigte,[137] so

[137]) vgl. oben Anm. 22.

mußte auch der Publiciana-Kläger eine solche nachweisen können. Dieser den Erwerb rechtfertigende Vorgang war zumeist ein Rechtsgeschäft, und zwar, wie man vermutet ursprünglich nur Tradition auf Grund eines Kaufes; später aber zählten zu diesen Vorgängen auch alle sonstigen iustae causae adquirendarum rerum.[138] So wurde durch äußerlich gerechtfertigten und dazu gutgläubigen Erwerb zunächst ein Mangel desselben, dessen Heilung im Verkehrsinteresse lag, gehoben, nämlich der Mangel des Eigentums bzw. der Veräußerungsbefugnis des Veräußerers. Aber auch andere Erwerbsmängel erheischen Heilung; verhinderte vor allem die Nichtigkeit des dem Erwerb zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts infolge von Handlungsunfähigkeit, z. B. Geisteskrankheit, oder sonstigen Willensmängeln das Zustandekommen des Erwerbs, so war es gleichfalls ein Verkehrsinteresse, das die Heilung dieses Mangels verlangte. Doch die römische Jurisprudenz gab diesem Verlangen nicht einhellig statt, viele Juristen wollten aus dem blos vermeintlich, in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtsgeschäft keinen Erwerb entstehen lassen. Auch die Justinianische Kodifikation enthält noch den Zwiespalt der Meinungen: Während Ulpian fr. 7 § 2 h. t. die Meinung des Marcellus zitiert, wonach derjenige, der eine Sache von einem Geisteskranken gekauft hat, ohne etwas von der Geisteskrankheit zu wissen, die Sache ersitzen kann, und hieran den Schluß knüpft, es müsse ihm in der Zwischenzeit auch die Publiciana zustehen, sagt Paulus fr. 2 § 16 pro empt. 41, 4: si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me

[138]) fr. 13 po. h. t.

posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio temporis. Der gelungenste unter den Versuchen zur Hebung dieser Antinomie nimmt an, daß Paulus nur von der gegen den furiosus selbst angestellten Publiciana spricht, die in diesem Falle allerdings durch eine exc. dominii zurückgeschlagen wird, gegen welche eine repl. rei vend. et trad. wegen der Nichtigkeit des Kaufs und der Tradition hinfällig ist. Diese Lösung leidet aber unter einem großen Fehler, sie ist gezwungen und unnatürlich, denn wenn man die Stelle ganz unbefangen betrachtet, kommt man garnicht auf den Gedanken, Paulus habe einen einzelnen, praktisch dazu sehr seltenen Fall der Publiciana gemeint; man hat vielmehr den Eindruck, daß Paulus die weitgehenden Wirkungen der Nichtigkeit ganz allgemein aufzählt und dabei nur die eine Ausnahme, (utilitatis causa), die er gelten läßt, die usucapio, vorwegnimmt. Wir haben, wie an so vielen Stellen des corpus iuris, eine unlösbare Antinomie vor uns. Ein Ausweg zeigt sich nur dann, wenn wir einfach der Stelle von Ulpian, weil sie an der sedes materiae steht, den Vorzug geben. Dies stimmt mit der herrschenden Meinung überein, welche den „Putativtitel" beim publicianischen Erwerb zuläßt.[139]

Das Erfordernis der iusta causa, oder, wie der spätere Ausdruck lautet, des Titels, bedeutet für den Publiciana-Kläger die Notwendigkeit zu beweisen, daß sein

---

[139]) vgl. Windscheid Pand. I § 199[6], Dernburg Pand. I § 228[7], Huschke a. a. O. pg. 56, 71, f. A. M. Gimmerthal a. a. O. pg. 97 f.

Erwerb ein rechtmäßiger war. Für die Anstellung der Klage aus § 1007 bedarf es dieses Nachweises nicht,[140] es genügt vielmehr der Nachweis früheren Besitzes. Gleichwohl kann die Rechtsmäßigkeit des Erwerbes des Klägers bei verschiedenen Gelegenheiten zur Sprache kommen, so z. B., durch den Nachweis des bösen Glaubens des Klägers beim Erwerb seines Besitzes[141] (in der Regel wird, wenn der Erwerber einen Mangel seines Rechts zu kennen glaubt, ein solcher auch vorhanden sein), oder durch die nach § 1007III analog anzuwendende Einrede aus § 986 (vgl. das von Gierke a. a. O. pg. 79, Zeile 12 angeführte Beispiel). Doch genügt der Nachweis, daß Kläger zum Besitz nicht berechtigt war, an sich noch nicht zur Vernichtung des klägerischen Anspruchs;[142] der Kläger wird nur durch gewisse Einwendungen des Beklagten dazu genötigt, auf die Frage der Rechtmäßigkeit seines Erwerbes einzugehen, während er nach RR. unter allen Umständen von vornherein und selbst einem gänzlich Unberechtigten gegenüber diese Rechtmäßigkeit beweisen muß.

In letzterer Beziehung bedeutete die Zulassung des Putativtitels einen großen Fortschritt im Sinne des oben S. 6 ff. dargelegten Prinzips der Relativität: schon der bloße äußere Schein des Rechts genügte zur Überwindung eines Minderberechtigten. Hier haben wir auch, wie Feustel[143] richtig hervorhebt, materiell die größte Übereinstimmung zwischen unseren beiden Klagen: der Publiciana

140) Überhaupt ist der Begriff der iusta causa aus dem Sachenrecht des BGB. anscheinend spurlos verschwunden.

141) vgl. Gierke, a. a. O. pg. 51.

142) vgl Gierke, a. a. O. pg. 58.

143) a. a. O. pg. 32, Absatz 4.

sowohl wie der Klage aus § 1007 kann sich bedienen, wer durch ein nichtiges Rechtsgeschäft, wie z. B. durch Tradition von einem Geschäftsunfähigen in gutem Glauben erworben hat; ein solcher Erwerber wird sowohl im römischen wie im BR. mangels Zustandekommens einer Tradition nicht Eigentümer und würde daher beim Verlust der Sache Dritten gegenüber schutzlos sein, wenn nicht Publiciana bez. § 1007 eine Aushilfe gewährten. Der Unterschied zwischen beiden Rechten besteht in diesen Fällen nur noch darin, daß der Publiciana-Kläger immer noch die Thatsachen anführen muß, aus denen er auf das Vorhandensein eines giltigen Titels schließen durfte, während es zur Anstellung der Klage aus § 1007 eines solchen Nachweises nicht bedarf

b. Die weitere Begründung der Klage aus § 1007.

§ 1007 gewährt dem früheren Besitzer einer beweglichen Sache einen Herausgabeanspruch gegen den jetzigen Besitzer; die Begründung dieses Anspruchs erfolgt aber auf zwei von einander sehr verschiedenen Wegen. In ihrer ersten Funktion wird die Klage aus § 1007 (Absatz I) damit begründet, daß Beklagter beim Erwerb seines Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei; in ihrer zweiten Funktion (Absatz II) stützt sie sich darauf, daß die streitige Sache dem früheren Besitzer „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen" sei. Der so verschiedenartigen Begründung entspricht auch eine verschiedenartige Wirkung: während die Klage aus Absatz I Bösgläubigkeit des Beklagten voraussetzt und somit gegen einen gutgläubigen Besitzer nicht angestrengt werden kann, überwindet der Kläger aus § 1007 II

auch den gutgläubigen Besitzer. Weiterhin unterscheiden sich die beiden Funktionen der Klage auch noch dadurch, daß dem Beklagten gegen die Klage aus Absatz II gewisse Einwendungen zustehen, die gegenüber der Klage aus Absatz I ohne Wirkung sind; endlich noch dadurch, daß von der Klage aus Absatz II gewisse Sachen, nämlich Geld und Inhaberpapiere ausgeschlossen sind. Von der letztgenannten Bestimmung ist bereits oben S. 32 f. die Rede gewesen; die Einwendungen sind weiter unten zu behandeln. Hier interessieren uns zunächst nur die Voraussetzungen der beiden Klagen aus Absatz I und Absatz II.

a. Die Klage aus § 1007[I]; die Bösgläubigkeit des Beklagten.

Fast unverändert dem preußischen Rechte entnommen ist die Klage § 1007[I 144]. § 178 ALR. I, 17 bestimmt, daß „der unredliche Besitzer immer dem redlichen weichen muß". Über Inhalt und Gegenstand des guten Glaubens beim Erwerb des Besitzes ist bereits oben S. 47 ff. gesprochen; was dort von der mala fides des Klägers gesagt ist, gilt ebenso für die mala fides des Beklagten. Der Begriff ist derselbe: Schlechtgläubigkeit beim Erwerb des Besitzes ist Kenntnis oder grobfahrlässig verschuldete Unkenntnis des Mangels des Rechts zur Besitzergreifung. Also culpa lata steht dem dolus gleich, Gegenstand der mala fides ist der Mangel des Rechts zur Besitzergreifung; und endlich der maßgebende Zeitpunkt ist die Zeit des Besitzerwerbes, auch hier gilt der Satz mala fides superveniens non nocet.

144) Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.

Dagegen ist die Beweislage selbstverständlich die umgekehrte: während der Kläger abwarten kann, ob ihm der Beklagte schlechtgläubigen Erwerb nachweist, bildet die mala fides des Beklagten von vornherein einen Gegenstand seines Angriffs und muß von ihm bewiesen werden. Mit welchen Mitteln führt er aber diesen Beweis? Gierke[145] sagt: er muß „die Art des fremden Besitzerwerbes aufdecken und den ihr anhaftenden Redlichkeitsmangel nachweisen". Thatsächlich könnte die mala fides als innerer psychologischer Vorgang nur Gegenstand eines Parteieides bez. Geständnisses sein, wenn wir nicht annehmen, daß auch von äußeren Thatsachen ein hinreichend sicherer Schluß auf das Vorhandensein schlechten Glaubens gezogen werden darf; in letzterer Annahme werden wir ganz besonders bestärkt durch die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus. Die Thatsachen aber, aus denen auf mala fides geschlossen werden kann, werden sich fast stets in einem gewissen Umfange mit dem im gemeinem Recht als „Titel" bezeichneten Thatsachenmaterial decken; auf diese Weise kommt also der Titel, der in allen Rechten bei der Vindikation eine gewisse Rolle gespielt hat, und noch spielen wird, bei der Klage aus § 1007[I] zum Vorschein.[146]

Zu den dargelegten Voraussetzungen der Klage aus § 1007[I] will Giese[147] noch eine weitere Voraussetzung hinzugefügt wissen, nämlich „unfreiwilligen" Besitzverlust des Klägers. Dies ist insoweit richtig, als allerdings der

---

[145]) a. a. O. pg. 51, vgl. auch Müller, a. a. O. pg. 40.

[146]) Nur eben hier auf Seite des Beklagten; der analoge Vorgang findet auch auf Seiten des Klägers statt, vgl. oben S. 61.

[147]) a. a. O. pg. 35, 74 Abs. 3 am Ende.

Anspruch aus § 1007 niemals entstanden sein kann, wenn der frühere Besitzer den Besitz der Sache aufgegeben hat (§ 1007 III). Wenn somit gesagt werden kann, die Klage aus § 1007 setzt voraus, daß der Kläger den Besitz der Sache nicht freiwillig aufgegeben habe, so ist doch diese negative Voraussetzung noch lange nicht identisch mit der positiven Voraussetzung unabwendbaren Besitzverlustes, welche zur Begründung der Klage aus § 1007 II gehört. Dieser Unterschied wird weiter unten eingehender darzulegen sein; wir werden dann sehen, daß die Giese'sche Behauptung, wonach die genannte Voraussetzung der Klage aus § 1007 II auch für die Klage aus § 1007 I gilt, falsch ist.

Die zur Begründung der Klage aus § 1007 I erforderliche mala fides des Beklagten findet in der publicianischen Klagbegründung garkein Vergleichsobjekt; der Publicianakläger behauptet vom Beklagten weiter nichts als daß er besitzt oder dolo desiit possidere. In letzterem Falle bezweckt der Nachweis der mala fides des Beklagten nur eine künstliche Festlegung des Besitzverhältnisses und damit der Passivlegitimation; diese mala fides bezieht sich auch nur auf die nachträgliche Besitzaufgabe, nicht auf den Erwerb, und ist von letzterem stets deutlich geschieden. Ob der Beklagte beim Erwerb seines Besitzes in gutem Glauben war oder nicht, ist prima facie für den Publicianakläger gleichgiltig. Erst wenn der Beklagte einwendet, er selbst sei ebenfalls publicianischer Besitzer, kommt seine bona fides in Frage; der Kläger muß dann versuchen, die publicianische Rechtsstellung des Beklagten durch den Nachweis der mala fides desselben zu entkräften, falls ihm dies nicht auf anderem Wege, nämlich durch die repl. rei venditae et

traditae (wenn Beklagter späterer successor seines auctor ist) gelingt. Jedenfalls ist die mala fides des Beklagten bei der Publiciana keine Klagevoraussetzung, sondern eins von den Mitteln zur Abwehr eines Gegenangriffs des Beklagten. Der charakteristische Unterschied zwischen der Klage aus § 1007[I] und der Publiciana liegt darin, daß die Thatsache, auf welche es zur Begründung der Klage ankommt, bei § 1007[I] zeitlich der Gegenwart näher steht, als bei der Publiciana. Dies ist praktisch besonders fühlbar, wenn der Kläger die eingeklagte Sache vor verhältnismäßig langer Zeit erworben hatte. Unwesentlich ist hierbei, daß nach RR. der Kläger, wenn er die Sache länger als 3 Jahre besaß, statt auf publicianischen Besitz sich auf Eigentum stützen könnte; beweisen muß er seinen Erwerb gerade so gut wie der publicianische Besitzer und je länger sein Erwerb zeitlich zurückliegt, um so schwieriger wird ihm dieser Beweis. Daß eine solche Behandlung des gerechtfertigten gutgläubigen Erwerbes unbillig ist, liegt auf der Hand. Das BGB. hat diese Unbilligkeit vermieden: der Kläger braucht nicht auf den Umfang seines Besitzes zurückzugehen, sondern er kann sich auch auf spätere Zeiten berufen, und der bösgläubige Erwerb des Beklagten liegt jedenfalls nach seiner Besitzzeit; die Verfolgung seines Rechts wird dem Kläger also nicht (wie im römischen Recht) mit zunehmendem Alter desselben erschwert.

β.

Die Klage aus § 1007II, der unabwendbare Besitzverlust des Klägers.

In § 1007II hat der Gesetzgeber, anknüpfend an das preußische Recht,[148] einen Gedanken rein deutschrechtlichen Ursprungs ausgeprägt. Das ältere deutsche Recht gewährte demjenigen, der durch Raub oder Diebstahl um den Besitz seiner Sache gekommen war, die Vindikationsbefugnis. Ähnlich bestimmt § 1007II: „ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe — verlangen." Diese deutschrechtliche Klage stützt sich, wie schon oben S. 7 f. dargelegt, im Gegensatz zur römischen Vindikation, welche Nachweis rechtmäßigen Erwerbes voraussetzt, im wesentlichen auf die Art des Verlustes der Sache.

Welcher Art aber dieser Verlust sein muß, auf den die Vindikation gestützt werden kann, ist für die Klage aus § 1007II die wichtigste, bisher jedoch keineswegs einheitlich beantwortete Frage. Das Gesetzbuch sagt: „ist die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen."

Zunächst ist klar, daß das Wort „abhanden gekommen" den eigentlichen Begriff bedeutet, auf den es hier ankommt, „gestohlen" und „verloren" sind nur zur Illustration desselben angeführte Spezialfälle. Unsere Frage lautet daher: was ist abhanden gekommen? Dem Sprachgebrauch nach müßte man darunter, insbesondere wenn man sich gleichzeitig die beiden

[148]) §§ 161 ff. A. L. R. I, 7; § 34 I, 15.

anderen Ausdrücke, gestohlen und verloren vor Augen hält, eine Art des Besitzverlustes verstehen, die sich der Wahrnehmung des Besitzers entzieht; da wir in keiner Weise genötigt sind, das „gestohlen" mit dem strafrechtlichen Begriff zu identifizieren, könnten wir ganz gut annehmen, das BGB. habe in diesem Falle den volkstümlichen, das Moment der Heimlichkeit einschließenden Diebstahlsbegriff[149]) im Sinne; demnach wäre „abhanden kommen" gleichbedeutend mit Verlust ohne Wissen des früheren Besitzers. Gegen diese Auffassung entsteht jedoch schon aus der Fassung des Gesetzes ein Bedenken: wenn unerkennbarer Verlust schlechthin gemeint wäre, hätte das Gesetz hierfür einen weit einfacheren Ausdruck gefunden. Sodann aber würde diese Auffassung an der Konsequenz scheitern, daß der Raub, die Entreißung der Sache mittels offener Gewalt, gegenüber dem Diebstahl als geradezu prämiiert erscheinen müßte.[150] Denn da die Voraussetzung des § 1007 II mit genau denselben Worten in § 935 I als Ausnahme vom gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer statuiert ist, wäre an einer gestohlenen Sache gutgläubiger Erwerb unmöglich, an einer geraubten aber möglich; eine geraubte Sache wäre demnach beim Hehler bedeutend leichter und vorteilhafter unterzubringen als eine gestohlene.

In der Originalfassung, in der unser § 1007 in der II. Kommission beantragt wurde,[151] standen an Stelle der Worte „oder sonst abhanden gekommen", die Worte „oder sonst ohne den Willen des früheren Besitzers aus dessen

[149]) oder auch den älteren deutschen Diebstahlsbegriff, von dem sich dasselbe sagen läßt.

[150]) vgl. Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 89, pg. 405.

[151]) Protokolle zu § 945 Seite 4051.

Besitz gekommen." Diese Definition, nach welcher Abhandenkommen den Verlust *ohne oder gegen den Willen* des früheren Besitzers bedeutet, ermöglicht es, den Raub dem Diebstahl gleichzustellen; sie ist auch bisher allgemein angenommen worden,[152] nur sind bezüglich der Einzelfälle die Meinungen sehr geteilt. Es sind zwei Hauptrichtungen zu unterscheiden; die eine verlangt Abwesenheit eines Willens ohne Rücksicht auf etwaige diesem Willen anhaftende rechtliche Mängel; nach dieser Meinung gehören zu den abhandengekommenen außer allen geraubten und gestohlenen, verlorenen und durch höhere Gewalt entführten Sachen auch die von einem Geisteskranken oder einem Kinde fortgegebenen, nicht aber die unter dem Einfluß von Irrtum, Betrug oder Drohung übergebenen Sachen. Hauptvertreter dieser Meinung sind *Fuld* und *Meilhaus*. Die andere, am konsequentesten und eingehendsten von *Giese* entwickelte Meinung verlangt Abwesenheit eines rechtlich vollgiltigen Willens, sodaß auch die von einem Minderjährigen oder sonst in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten fortgegebene sowie die unter dem Einfluß von Irrtum, Betrug oder Drohung übergebene Sache als abhanden gekommen gilt. Diese letztere Meinung führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Kann es nach deutschem Sprachgebrauch noch als ein „Abhandenkommen" bezeichnet werden, wenn z. B. ein zwanzigjähriger Mensch eine Sache verkauft? Wenn Jemand, um sich eines gefährlichen Menschen zu entledigen, diesem die

[152]) *Dernburg*, Sachenrecht § 103 II, 2; *Gierke*, a. a. O. pg. 25[18, 52[20]]; *Fuld*, a. a. O. pg. 492 ff.; *Meilhaus*, der Eigentumserwerb nach HGB. und BGB., pg. 27, 91; *Feustel*, a. a. O. pg. 19 f.; *Endemann*, a. a. O. § 81[14]; *Müller*, a. a. O. pg. 31; *Miethke*, a. a. O. pg. 13; *Giese*, a. a. O. pg. 62 ff.

unter Drohungen verlangte Sache giebt? Wenn Jemand eine echte seltene Münze gegen eine ihm betrügerisch als echt angebotene, in Wirklichkeit aber wertlose, falsche Münze tauscht? Wenn Jemand versehentlich eine Sendung falsch adressiert abschickt? Die schlimmste Konsequenz aber — Giese zieht dieselbe unbedenklich — ergiebt sich daraus, daß jede Besitzaufgabe, die sich als ein nichtiges Rechtsgeschäft darstellt, als „Abhandenkommen" gelten muß, also auch eine Besitzaufgabe, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. In allen diesen Fällen können wir schon deshalb nicht von Abhandenkommen reden, weil dies mit dem Sprachgebrauch des Wortes im schärfsten Widerspruch stehen würde; dann aber, weil nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz in derartigen Fällen den gutgläubigen Erwerb hat ausschließen wollen.[153] Der Fehler der Giese'schen Auffassung ist aber andererseits lediglich eine Konsequenz der Fuld'schen Theorie: weder Fuld noch Meilhaus haben erkannt, daß daß es sich bei dem in Rede stehenden Begriff um eine Negation handelt, deren Gegenstand nicht schlechthin der subjektive Wille des früheren Besitzers sein kann. Allein dieser Betonung des subjektiven Moments ist der Giese'sche Irrtum entsprungen. Nach Fuld ist Abhandenkommen nichtwillentlicher Besitzverlust;[154] auf die Qualität dieses Willens soll nichts ankommen. Es muß aber Giese zugestanden werden, daß er in dieser Beziehung entschieden konsequenter verfährt, indem er doch nach dieser Qualität fragt. Ganz besonders zeigt sich die Inkonsequenz der

[153]) vgl. Motive Bd. III, pg. 348.
[154]) Ähnlich Dernburg, Sachenrecht, a. a. O.

Fuld'schen Theorie bei der Beurteilung des Falles, wenn ein Geschäftsunfähiger eine Sache fortgiebt oder wegwirft: warum soll beim siebenjährigen Kinde als Aufgeben gelten, was beim sechsjährigen als Verlieren gilt? — Meilhaus spricht kasuistisch von „Fällen, in denen Jemand wider seinen Willen und ohne sein Zuthun den Gewahrsam einer Sache verloren hat." Das „und" ist unlogisch, es muß heißen „oder". Denn Beides, „wider seinen Willen" und „ohne sein Zuthun" sind nur Anwendungsfälle desselben, von Meilhaus nicht bestimmten Begriffs. Meilhaus scheint nach den Erörterungen a. a. O. pg. 28 u. 92 f. auf denselben, zu irrigen Konsequenzen führenden Standpunkt wie Fuld zu stehen. Sollte denn das Gesetz etwas so absonderliches gewollt haben, wie es sich bei der Dereliktion seitens eines Geschäftsunfähigen aus der Fuld'schen Theorie ergiebt?

Diesen Schwierigkeiten und unhaltbaren Konsequenzen entgeht man nur, wenn man als Gegenstand der in dem Begriff Abhandenkommen enthaltenen Negation nicht den subjektiven Willen des früheren Besitzers, sondern etwas Objektives annimmt, nämlich die technische Möglichkeit der Bethätigung des Willens, oder kurz die Möglichkeit, die Sache zu verfolgen. Hiernach ist Abhandenkommen derjenige Besitzverlust, der technisch so beschaffen ist, daß die Bethätigung des Willens des Besitzers, die Verfolgung der Sache, nicht möglich ist. Die Sache ist „ab Handen" gekommen, sie ist auf eine solche Art und Weise von der Hand des Besitzers fortgekommen, daß diese nicht rechtzeitig zugreifen, die Sache nicht festhalten konnte. Es ist also nicht

[155]) a. a. O. pg. 27 und ähnlich pg. 92.

nach dem subjektiven Vorhandensein des Willens zu fragen, sondern nach der objektiven Möglichkeit der Willensbethätigung. Die Negation dieser Möglichkeit ergiebt den Begriff des Abhandenkommens.

Da wir uns von dem Moment des Willens vollständig emanzipiert haben, sprechen wir nicht mehr von einem nichtwillentlichen oder gar unfreiwilligen Besitzverlust (letzteres ist schon vom sprachlichen Standpunkt eine Unmöglichkeit!) sondern von einem unabwendbaren Besitzverlust.[156]

Diese Emanzipation von dem Moment des Willens ist wichtig vor allen Dingen für die Frage, wie der zur Begründung der Klage aus § 1007 II erforderliche unabwendbare Besitzverlust bewiesen wird. Der frühere Besitzer braucht nicht nachzuweisen, daß er, als die Sache ihm fortkam, einen entgegenstehenden Willen hatte, sondern er hat einen Nachweis über die technische Beschaffenheit des Besitzverlustes zu führen.

Dies zeigt am besten ein Beispiel: Jemand beabsichtigt, einen alten, beinahe unbrauchbaren Kahn zu verschenken, er weiß nur noch nicht, an wen. Es tritt eine Überschwemmung ein, die zur Folge hat, daß der Kahn stromabwärts treibt. Der Besitzer sieht das aus der Entfernung und sagt sich: mag ihn haben, wer ihn will. Später entdeckt er, daß jemand sich den Kahn angeeignet hat, dem er ihn unter keinen Umständen geschenkt haben würde. Er verklagt ihn auf Grund § 1007 II und weist unabwendbaren Besitzverlust

---

[156]) Verfasser ist sich darüber klar, daß der Ausdruck die Sache nicht mit wünschenswerter Schärfe trifft, insbesondere könnte derselbe Kausalitätsstreitigkeiten hervorrufen; man muß sich indessen bei dem Mangel ähnlicher Wörter mit diesem Ausdruck begnügen.

nach. Daß er mit dem Besitzverlust nicht einverstanden war, braucht er nicht nachzuweisen, obwohl es in diesem Falle schon zweifelhaft erscheinen kann. Seine Klage stützt sich lediglich auf die Thatsache, daß die Sache aus seiner Besitzgewalt in einer Weise entfernt wurde, die ihm die Verfolgung der Sache abschnitt.

Wenn so der Nachweis des entgegenstehenden Willens unnötig ist, so ist er andererseits auch nicht ausreichend, um die Klage aus § 1007 II zu begründen. Ein ähnliches Beispiel wie das erste: Bei gewöhnlichem Wasserstande reißt sich ein kleines Boot vor Augen des Besitzers los und treibt stromabwärts. Statt dem Boot nachzurudern, läßt er es rnhig treiben und denkt, die Strompolizei wird es mir doch wieder verschaffen. Seinen dem Verlust entgegenstehenden Willen kann er nachweisen, wenn er nun aus § 1007 II klagt. Aber wird man der Klage stattgeben dürfen? Sicherlich nicht; die Verfolgungsmöglichkeit war gegeben, die Klage stützt sich aber auf Verfolgungsunmöglichkeit, auf Unabwendbarkeit des Besitzverlustes.

Die Fälle des unabwendbaren Besitzverlustes lassen sich in zwei Hauptklassen einteilen: Besitzverlust ohne Mitwirkung anderer Personen, und Besitzverlust welcher durch andere Personen hervorgerufen ist oder bei welchem andere Personen mitwirkten. Die Hauptfälle dieser beiden Hauptklassen nennt das Gesetz selbst: „gestohlen worden, verloren gegangen —." Das Verlorengehen ist der häufigste Fall des Besitzverlustes ohne Mitwirkung Anderer, das Gestohlenwerden der häufigste Fall des durch Andere hervorgerufenen Besitzverlustes. Beide Hauptklassen zerfallen wieder in je drei Unterabteilungen nach der Ursache der Unabwendbarkeit:

die letztere kann entweder darauf beruhen, daß die Sachherrschaft des sich widersetzenden Besitzers gewaltsam überwunden wird, oder darin, daß der Besitzer von dem vorsichgehenden Verlust keine Kenntnis hat, oder endlich in gewissen persönlichen Eigenschaften des Besitzers. Demnach haben wir in der ersten Klasse zu unterscheiden die Fälle

1. des Besitzverlustes durch Naturereignisse, welche die Sachherrschaft des Besitzers durchbrechen und ihm die Verfolgung der Sache unmöglich machen. Diese Unmöglichkeit werden wir nicht als eine absolute fassen dürfen, denn heutzutage ist die Grenze, wo die Herrschaft des Menschen über die Naturgewalten aufhört, garnicht mehr bestimmbar; man wird diese Unmöglichkeit vielmehr als einen normalen, durchschnittlichen Grad technischer Schwierigkeit betrachten müssen. Indessen soll diese komplizierte Frage der Spezialforschung überlassen bleiben. Hier soll nur betont werden, daß es sich um eine gewisse technische Unmöglichkeit der Verfolgung und Wiedererlangung, und nicht etwa um den entgegenstehenden Willen des Besitzers handelt.

Ein Beispiel aus dieser Kategorie ist das oben Seite 72 angeführte. Wenn bei einer Überschwemmung in erheblicher Entfernung ein Boot fortgetrieben wird, so wird man wohl technische Verfolgungsunmöglichkeit annehmen können. Dagegen lag in dem zweiten, Seite 73 angeführten Beispiel Verfolgungsunmöglichkeit vor, die Klage aus § 1007 II war also nicht begründet.

2. Die Fälle des Besitzverlustes ohne Wissen des Besitzers werden vom Gesetz besonders hervorgehoben durch den Ausdruck „verloren gehen." Dies sind die häufigsten und wichtigsten Fälle des Abhandenkommens, soweit das-

selbe ohne Mitwirkung anderer vor sich geht. Der Grund, weshalb man in diesen Fällen den Besitzer gegen späteren Erwerb schützt, liegt wiederum nicht in dem Mangel seines Willens oder gar in dem fingierten gegenteiligen Willen; meist ist an dem Verlorengehen eine gewisse Unachtsamkeit des Besitzers Schuld, welche ziemlich wenig von dem Willen zu haben und zu behalten verrät. Vielmehr hat das Gesetz deshalb den Schutz gewährt, weil auch der aufmerksame Besitzer sich nicht gegen den Besitzverlust helfen kann, wenn dieser hinter seinem Rücken, ohne sein Wissen vor sich geht; wenn der Besitzer nicht in der Lage ist, zu *sehen*, oder sonst zu erfahren wohin die Sache gerät, so kann sie durch viele Hände gehen, ehe er den Verlust gewahr wird, und dann ist an eine Verfolgung nicht mehr zu denken. Heimlichkeit des Besitzverlustes bewirkt stets Verfolgungsunmöglichkeit. Zu beachten ist aber, daß nach § 856 II durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt der Besitz nicht beendigt wird, somit kein Besitzverlust eintritt. Entdeckt daher der Besitzer das Fehlen seiner Sache noch zu einer Zeit, wo der Thatbestand des § 856 II vorliegt, und erfolgt *nunmehr* ein endgültiger Verlust nach § 856 I, so liegt nicht mehr Besitzverlust ohne Wissen, also auch nicht unbedingt unabwendbarer Verlust vor.

3. Von mehr theoretischer als praktischer Bedeutung sind endlich die Fälle, in denen der Besitzverlust die Folge persönlicher Eigenschaften, Jugend, Geistesschwäche, Geisteskrankheit oder Verschwendungssucht ist. Wir sahen oben, daß gerade auf diesem Gebiet die Willenstheorie sich selbst ad absurdum führt; eben hier zeigt sich der Unterschied zwischen unserer und der Willenstheorie am klarsten. *Fuld* nennt

die vom Geschäftsunfähigen vorgenommene Dereliktion eine nichtwillentliche, weil „geschäftsunfähige Personen einen rechtlich relevanten Willen nicht haben".[157] Eine solche Dereliktion sei daher als Abhandenkommen zu betrachten. Anders verhalte es sich mit dem Aufgeben durch eine Person, welche in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sei; hier liege ein Wille vor. Da aber der Minderjährige, Geistesschwache u. s. w. gerade bezüglich derjenigen Willenserklärung in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107, 114) — und das dürfte bei der Besitzaufgabe schlechthin zutreffen — so verfährt Giese bei weitem folgerichtiger, wenn er[158] auch die von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten aufgegebene Sache als eine abhandengekommene ansieht. Wir haben bereits gezeigt, zu welchen unmöglichen Ergebnissen das führt. Die Annahme, daß der Wille ausschlaggebend sei, ist falsch; ausschlaggebend ist die Verfolgungsmöglichkeit und diese ist eben bei einem Kinde, bei einem Geisteskranken, einem Bewußtlosen in der Regel anzunehmen. Eine feste Grenze zwischen dem Kindesalter und der Minderjährigkeit, zwischen der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche brauchen wir nicht zu ziehen: wir werden auch beim Geistesschwachen und Minderjährigen, ja sogar beim Verschwender und Trunksüchtigen das Vorliegen eines unabwendbaren Besitzverlustes annehmen können, aber nur sofern die geistige und körperliche Verfassung derselben die Verfolgung der Sache ihnen unmöglich macht, selbst wenn sie unmittelbar nach dem Weg-

---

[157]) a. a. O. pg. 406.
[158]) a. a. O. pg. 67.

werfen zu einer gewissen Erkenntnis der Bedeutung des Besitzverlustes gelangen.

Die zweite Klasse der Fälle des unabwendbaren Besitzverlustes umfaßt alle Fälle, in denen der Verlust unter Mitwirkung anderer Personen bezw. unmittelbar durch eine Handlung einer anderen Person zustande kommt. Auch hier wieder drei verschiedene Ursachen der Verfolgungsunmöglichkeit:

1. Gewalt,
2. Heimlichkeit,
3. persönliche Eigenschaften des Besitzers.

1. Den gewaltsamen Bruch der Sachherrschaft nennen wir im gewöhnlichen Sprachgebrauch Raub. Der strafgesetzliche Begriff des Raubes ist aber für uns hier nicht maßgebend. Eine geraubte Sache braucht nicht unter allen Umständen eine abhandengekommene zu sein. Es kommt, wie schon immer betont, auf die Verfolgungsmöglichkeit, bez. -unmöglichkeit an. Praktisch wird freilich in den meisten Fällen des Raubes Verfolgungsunmöglichkeit vorliegen, weil Räuber meist dafür sorgen, daß man sie nicht ohne Weiteres verfolgen kann. Aber nehmen wir ein dem oben Seite 73 angeführten ähnliches Beispiel an, so wird der begrifflich so wichtige Unterschied von der Fuld'schen Auffassung in die Augen springen: einem Radfahrer wird auf offener belebter Straße am hellen Tage seine Taschenuhr gewaltsam aus der Tasche gerissen. Statt dem entfliehenden Straßenräuber nachzufahren, sieht er sich nach einem Schutzmann um, und bis er einen solchen gefunden hat, ist der Räuber entschlüpft. Die Sache ist gegen seinen Willen aus seinem Besitz gekommen, aber nicht in einer die

Verfolgungsmöglichkeit ausschließenden Weise, sie ist also nicht als eine abhandengekommene zu betrachten. Andererseits müssen wir die Anwendung von Mitteln, welche nicht gerade in Gewalt gegen die Person bestehen, aber doch die Verfolgung unmöglich machen, der Gewalt gleichstellen, wie z. B. Anwendung besonders schneller Beförderungsmittel zur Flucht, nachdem dem Besitzer die Sache ohne Gewalt weggenommen war.

2. Das heimliche Wegnehmen einer fremden beweglichen Sache aus fremden Gewahrsam nennt der Sprachgebrauch Diebstahl. Daß der Begriff der gestohlenen Sache nach § 1007[II] sich mit dem strafgesetzlichen Diebstahlsbegriff deckt, behauptet Müller.[159] Wir müssen jedoch an dem Moment der Heimlichkeit festhalten, welches dem strafgesetzlichen Begriff fehlt. Eine nicht heimliche Wegnahme, welche nach dem Strafgesetzbuch sich als Diebstahl qualifizieren kann, gilt als ein Abhandenkommen im Sinne des § 1007[III] nur dann, wenn infolge von Gewaltanwendung oder aus sonstigen Gründen (außergewöhnliche Fluchtmittel) die Möglichkeit der Verfolgung ausgeschlossen war. Hieran hat Müller, der auf dem Standpunkt der Willenstheorie steht, natürlich nicht gedacht, aber das, was er im Sinne hat, ein Gegensatz zum römischen Begriff der Furtivität, ist ebenfalls zum Teil verfehlt. Er meint, durch den Begriff der gestohlenen Sache nach § 1007[II] werde nicht, wie durch den Begriff des furtum, auch das furtum usus und furtum possessionis mit einbezogen. Das ist nur insoweit richtig, als das römische

---

[159]) a. a. O. pg. 31.

Recht Unterschlagung und Diebstahl gleichbehandelt. Unterschlagung ist kein Diebstahl im Sinne des § 1007 II. Aber das sonstige furtum possessionis, die Wegnahme der verpfändeten, zu Nießbrauch gegebenen, vermieteten, verliehenen, deponierten Sache durch den Verpfänder, Eigentümer, Vermieter, Verleiher, Deponent, ferner auch das furtum usus, die unberechtigte Wegnahme zu zeitweiligem Gebrauch ohne Aneignungsabsicht, ist ganz entschieden als ein Stehlen im Sinne des § 1007 II zu betrachten, sobald nur die weitere Voraussetzung der Verfolgungsunmöglichkeit hinzutritt. Denn durch diese Handlungen wird der bisherige Besitz beendigt, soweit es sich nicht um eine vorübergehende Entfernung der Sache handelt, und geschieht dies in einer die Verfolgung ausschließenden Weise, so können wir von technisch unabwendbarem Besitzverlust sprechen.

3. Über den Besitzverlust, dessen Unabwendbarkeit ihre Ursache in gewissen persönlichen Eigenschaften des Besitzers hat, ist bereits oben Seite 75 f. gesprochen, und es ist dort darauf hingewiesen, daß die Giese'sche Theorie an dieser Stelle zu unmöglichen Konsequenzen führt; noch drastischer als dort zeigen sich hier, bei der Mitwirkung anderer Personen, die Folgen der falschen Definition, denn von der Unfreiwilligkeit der Besitzaufgabe seitens des Minderjährigen ist kein weiter Schritt zur Unfreiwilligkeit der irrtümlich durch Betrug oder Drohung oder endlich auf Grund eines nichtigen Geschäfts vorgenommenen Besitzaufgabe. In allen diesen Fällen kümmern wir uns ausschließlich um die Frage der Unabwendbarkeit des Besitzverlustes. Diese Frage aber kann offenbar, wenn es sich um Irrtum, Betrug, Drohung oder ein wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches

Verbot nichtiges Rechtsgeschäft handelt, nur verneint werden Die technische Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs liegt vor; das Motiv, weshalb der Besitzer im einzelnen Falle nicht zugreift, bezw. die Sache verfolgt, ist gleichgiltig.

Unsere Darstellung des unabwendbaren Besitzverlustes hat sich bisher nur mit dem konkreten Besitzverlust befaßt, mit der Art, wie die Sache unmittelbar aus der Hand des Besitzers sich entfernt. Die Fiktion des § 868 BGB., der mittelbare Besitz, erheischt noch eine besondere Betrachtung. Denn in den Fällen des mittelbaren Besitzes findet eine besondere Art des Besitzverlustes statt, welche wir nicht einfach nach der Schablone des gewöhnlichen Besitzverlustes beurteilen können, ohne gezwungene Abstraktionen anzuwenden. Der mittelbare Besitz kann entweder dadurch beendigt werden, daß der Besitzer ihn aufgiebt, (d. h. den unmittelbaren Besitzer zur Veräußerung oder Dereliktion beauftragt oder seinen Herausgabeanspruch cediert, bezw. auf denselben verzichtet), oder dadurch, daß der unmittelbare Besitzer eigenmächtig die Sache veräußert, derelinquiert, oder sonst in einer die Verfolgung nicht ausschließenden Weise verliert, oder endlich dadurch, daß der unmittelbare Besitzer eine der oben beschriebenen Arten des unabwendbaren Besitzverlustes erleidet. Der erste und der letzte Fall ist einfach zu beurteilen: ein Besitzverlust, der seine alleinige Ursache in einer Willensbethätigung des mittelbaren Besitzers hat, kann kein unabwendbarer sein. Umgekehrt ist, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer „abhanden kam", sodaß dem letzteren die Verfolgung unmöglich war, für den mittelbaren Besitzer die Verfolgung erst recht ausgeschlossen;

ein solcher Besitzverlust muß also auch zu Gunsten des mittelbaren Besitzers als unabwendbarer gelten.[160]

Wie ist es aber mit dem zweiten Falle zu halten, wenn der unmittelbare Besitzer eigenmächtig oder ungetreuer Weise sich des Besitzes entäußert? Ist das für den mittelbaren Besitzer ein unabwendbarer Besitzverlust? Hier greift ein spezifisch deutschrechtlicher Gedanke ein, dem an dieser Stelle unbedingt Raum gegeben werden muß. Das BGB. hat sich, das ist unbestritten, in einem gewissen Maße den deutschrechtlichen Satz: Hand muß Hand wahren, zu eigen gemacht. Nach diesem Satz galt sogar der vorher beschriebene Fall des Besitzverlustes, das Abhandenkommen der Sache beim unmittelbaren Besitzer, nicht zu Gunsten des mittelbaren als unabwendbarer Besitzverlust; die Verfolgung der Sache durfte auch in diesen Fällen nicht über die Hand des unmittelbaren Besitzers hinweg geschehen. So weit ist das BGB., wie wir sahen, nicht gegangen. Aber es hieße auf der anderen Seite den berühmten deutschen Satz, den Grundgedanken des deutschen Mobiliarsachenrechts ganz aus dem BGB. verbannen, wenn man behaupten wollte, die freiwillige Entäußerung seitens des unmittelbaren Besitzers müsse zu Gunsten des mittelbaren Besitzers als ein für diesen unabwendbarer Verlust des mittelbaren Besitzes betrachtet werden. Wir müssen vielmehr auch für das

[160]) Dies geht aus dem Parallelismus mit § 935 hervor, welcher ausdrücklich besagt (Absatz I Satz 2.) „das Gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war". Dieselbe Vorschrift war auch für § 1007II ursprünglich vorgesehen, vgl. Protokolle pg. 4051, sie wurde jedoch aus redaktionellen Gründen gestrichen.

[161]) Übereinstimmend Gierke, a. a. O. pg. 52, Anm. 20. Feustel a. a. O. pg. 18, Miethke, a. a. O. pg. 13, Müller, a. a. O. pg. 31.

BGB. den Grundsatz acceptieren, daß der Besitzer durch Hingabe der Sache an einen Anderen diesem Dritten gegenüber formell Verfügungsmacht verleiht. Dieser Rechtsfolge muß sich der Besitzer bewußt sein, und deshalb darf auch der dann wirklich infolge von Untreue oder Eigenmacht des Vertrauensmanns erfolgende Besitzverlust nicht zu seinen Gunsten als ein unabwendbarer behandelt werden.[161a] Thatsächlich ist ja auch der mittelbare Besitzer in einem gewissen Grade in der Lage, den Besitzverlust durch vorbeugende Maßregeln abzuwenden: er kann sich in der Wahl der Person des unmittelbaren Besitzers vorsehen, und bei sehr wertvollen Gegenständen thut er am besten, dieselben überhaupt nicht aus seiner Hand zu geben. Übrigens hilft uns in diesem Falle auch der oben angezogene Parallelismus mit § 935[I] sowie die Originalfassung des Antrags Nr. 3 zu § 945 I E. In beiden ist des obigen Falles, des unabwendbaren Besitzverlustes beim unmittelbaren Besitzer in singulärer, eine ausdehnende Interpretation ausschließender Weise Erwähnung gethan; und nur durch eine ausdehnende Interpretation dieser Bestimmung kann man zu der Behauptung gelangen, freiwillige Entäußerung seitens des unmittelbaren Besitzers sei für den mittelbaren Besitzer unabwendbarer Besitzverlust. Andere Beurteilung erheischt der Fall, wenn eine Sache durch Untreue des unselbständigen Inhabers nach § 855 aus den Besitz des Besitzers kam. Hier ist der Besitz, der verloren wird, kein fingierter, wie sich deutlich aus den Worten „so ist nur der andere Besitzer“ ergiebt. Erfolgt nun bei solchen Verhältnissen die Entwendung in einer die Verfolgung ausschließenden Weise (in

[161a]) A. M. Endemann, a. a. O. § 41[7].

der Regel heimlich), so können wir von unabwendbarem Besitzverlust sprechen.[162] Dem Besitzer darf hier nicht entgegengehalten werden, er habe durch Hingabe der Sache den Verlust schon halb und halb herbeigeführt; denn der Besitzer hat die Sache nicht im vollen Sinne des Wortes hingegeben, sie ist fortwährend noch in seinem mittelbaren Besitz geblieben.

Wie für die nach § 1007[1] erforderliche mala fides des Beklagten, so finden wir auch für die Unabwendbarkeit des Besitzverlustes kein eigentliches Analogon in der Publiciana. In Frage kommen könnte nur der bereits oben Seite 25 ff. behandelte Ausschluß der res furtiva vom Erwerb publicianischen Rechts. In der Regel wird die Behauptung, die Sache sei furtiv, nur dem Beklagten als Verteidigungsmittel, nicht dem Kläger als Angriffswaffe gedient haben. Nur dann, wenn der Beklagte die exceptio Publiciana vorschützte, hätte vielleicht der Kläger seinen Gegenangriff auf die Thatsache stützen können, daß die Sache durch ein nicht von ihm oder vor ihm begangenes furtum für den Beklagten inhabilis geworden sei. Wir haben aber kein Quellenzeugnis für die Anwendung eines derartigen Begriffs relativer Furtivität, und da ein solcher relativer Begriff dem römischen Geiste durchaus fremd war, müssen wir annehmen, daß die besagte Anwendung in der Praxis nicht stattgefunden hat. Im Übrigen ist bereits oben S. 30 auf die erheblichen Unterschiede zwischen der Furtivität des römischen Rechts und dem unabwendbaren Besitzverlust des BGB. hingewiesen.

---

[162]) Übereinstimmend Feustel, a. a. O. pg. 19, Müller, a. a. O. pg. 32.

Der Unterschied zwischen der Klagebegründung nach § 1007 II und nach dem Rechte der Publiciana besteht im Wesentlichen darin:[164] Die Thatsachen, welche zur Begründung der Publiciana vom Kläger angeführt werden müssen, liegen — mit einziger Ausnahme des gegenwärtigen Besitzes des Beklagten — sämtlich am Anfang der Besitzzeit des Klägers; die zur Begründung der Klage aus § 1007 II anzuführenden Thatsachen dagegen liegen ähnlich wie bei § 1007 I der Gegenwart erheblich näher, haben also die Wahrscheinlichkeit geringerer Beweisschwierigkeit für sich. Nach publicianischem Rechte wächst die Schwierigkeit des dem Kläger obliegenden Beweises mit dem Alter seines Besitzes; das BR. vermeidet in der Klage aus § 1007 II ebenso wie in der Klage aus § 1007 I diese Unbilligkeit vollständig; denn nach § 1007 I ist der Schwerpunkt zum Teil nach dem Beginn der Besitzzeit des Beklagten, nach § 1007 II wenigstens nach dem Ende der Besitzzeit des Klägers hin verlegt.

4. Die Passivlegitimation.

Nach der Frage, wer die beiden Klagen anstellen kann, und wie sie angestellt werden, entsteht die Frage: gegen wen kann sie angestellt werden? Es muß hierzu von vornherein bemerkt werden, daß eine genauere Untersuchung dieser Frage einer vergleichenden Untersuchung der rei vindicatio und der Eigentumsklage des BGB. vorbehalten bleiben muß. Denn bezüglich der Passivlegitimation wie

[164]) vgl. oben S. 66 wo wir für die Klage aus § 1007 I dasselbe feststellten.

ja auch sonst in manchen Beziehungen stimmt die Publiciana mit der rei vindicatio, und andererseits die Klage aus § 1007 mit der Eigentumsklage vollständig überein. Das ergiebt sich für die Publiciana aus fr. 7 § 8 und für das BGB. aus der übereinstimmenden Formulierung in §§ 985, 1007: „kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen." Es sollen deshalb hier nur die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale hervorgehoben werden.

Nach römischem Recht kann als Beklagter für rei vindicatio oder actio Publiciana in Frage kommen: 1. der detinierende juristische Besitzer, 2. der Detentor, 3. der nicht detinierende juristische Besitzer, endlich 4. ein fictus possessor, d. h. a) qui liti se optulit, b) qui dolo desiit possidere. Für die Klagen aus §§ 985, 1007 ist passiv legitimiert: 1. der Eigenbesitzer, 2. der Fremdbesitzer, 3. der mittelbare Besitzer. Einen fictus possessor kennt das BGB. nicht, nur ist der prozessuale Effekt einem sich als Besitzer ausgebenden Nichtbesitzer gegenüber der gleiche wie im römischen Recht gegenüber einem Beklagten, qui liti se optulit: der Beklagte wird zur Herausgabe verurteilt und kann nun für die Unmöglichkeit der Herausgabe verantwortlich gemacht werden. Derjenige dagegen, qui dolo desiit possidere, kann nach BGB. nur auf Grund des § 823 in Anspruch genommen werden.

Im Übrigen stimmen beide Klagen bezüglich der Passivlegitimation fast ganz überein: in erster Linie ist der thatsächliche Inhaber einer Sache der rechte Beklagte, er allein ist unmittelbar in der Lage, dem Klagebegehren stattzugeben. Gleichgiltig ist, ob er für sich oder für einen Anderen besitzt; passiv legitimiert ist sowohl der juristische Besitzer als auch

der Detentor,[165] sowohl der Eigen- wie auch der Fremdbesitzer.[166] Die weitere Frage, ob auch der nichtinnehabende Besitzer rechter Beklagter sei, welche für das römische Recht mit Ausnahme der Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes zu bejahen ist,[167] war für das B. R. bereits Gegenstand eines lebhaften Streites. Wir haben uns bereits bei der Aktivlegitimation mit der Wendt'schen Meinung befaßt, welche den mittelbaren Besitzer dem unmittelbaren Besitzer nur da gleichstellen will, wo dies das Gesetz selbst ausdrücklich thut und haben uns dort, nicht ganz so schroff abweisend, wie dies zumeist geschehen ist, auf den Standpunkt gestellt, daß die Bestimmungen, in welchen vom Besitz die Rede ist, auf den mittelbaren Besitzer angewandt werden können, wo nicht besondere Bedenken einem solchen Verfahren entgegenstehen. Derartige Bedenken liegen aber am allerwenigsten vor bei der Passivlegitimation. Vielmehr entspricht die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für die Klagen aus §§ 985 und 1007, wie Gierke a. a. O. pg. 53 ff. eingehend nachgewiesen hat, einem wichtigen Bedürfnis.[168] So stimmt also das BGB. auch in dieser Beziehung mit dem römischen Rechte im allgemeinen überein. Nur ist, wie schon vorausgeschickt, bezüglich der Fälle des sogenannten

[165]) fr. de rei vind. 6, 1.

[166]) Dem unselbständigen Inhaber nach § 855 wird ausdrücklich die Eigenschaft als Besitzer abgesprochen; er ist daher weder aktiv noch passiv legitimiert, vgl. oben S. 113; abweichend Endemann a. a. O. § 90a.

[167]) fr. 9 cit. A. M. Feustel a. a. O. pg. 31.

[168]) Für die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers erklären sich abgesehen von Gierke und Strohal (vgl. oben Anm. 86) u. a. Endemann a. a. O. § 90, 2b, Dernburg, Sachenrecht § 24, Giese a. a. O. pg. 45, Klein a. a. O. pg. 437, 49, Feustel a. a. O. pg. 13, Müller a. a. O. pg. 32 ff.

abgeleiteten Besitzes eine Ausnahme zu machen. Wer seine Sache als Faustpfand fortgiebt oder wer sie sequestiert, bleibt von da ab nur noch hinsichtlich des Laufs seiner Ersitzung Besitzer;[169] in allen übrigen Beziehungen wird ihm diese Eigenschaft genommen, also auch hinsichtlich der Passivlegitimation.[170]

5. Die Verteidigung des Beklagten.

Die im Vorhergehenden beschriebene Begründung der actio Publiciana und der Klage aus § 1007 hat uns zwar eine Reihe gemeinsamer Elemente gezeigt, doch überwogen die Unterschiede, die sich geradezu als systematische, der römischen und deutschen Mobiliarvindikation charakteristische Gegensätze darstellten. Mehr Übereinstimmung findet sich in der Verteidigungsstellung des Beklagten. Dies hat seinen Grund darin: die Verteidigung des Beklagten bringt ein beiden Klagen gemeinsames Prinzip zu Tage, welches bei der Begründung der Klage noch nicht in die Erscheinung tritt. Beide Klagen werden nämlich mit Thatsachen begründet, welche an sich zum Erwerb eines Rechts nicht ausreichen: ein publicianisches Recht kannten die Römer streng genommen nicht, und der bloße Besitz, der zur Klage aus § 1007 legitimiert, verleiht noch kein Recht zum Besitz. Aus der publicianischen „Rechtsposition" entwickelt sich erst durch den Ablauf der Ersitzungszeit ein Recht,

---

169) fr. 16 de usurp. et usuc. 41, 3, fr. 17 § 1 depositi vel c. 16, 3, fr. 39 de adqu. v. am p. 41,2.

170) Für Publiciana und rei vindicatio ist dies gerade nicht in den Quellen bezeugt, hinreichend zuverlässig ist aber der Schluß aus fr. 16 de usurp. 41,3.

nämlich das Eigentum, und damit der Besitz von einem Recht zum Besitz gestützt werde, bedarf es besonderer Bestimmung durch Gesetz oder Rechtsgeschäft. Gleichwohl ist das, was mit unseren beiden Klagen bezweckt wird, nicht bloß die Wiederherstellung eines verschobenen Thatsachenbestandes, sondern die Verwirklichung eines Rechts. Bei den Römern ist dies nur deshalb nicht voll zum Ausdruck gelangt, weil die Rechtsentwicklung an diesem Punkte stehen blieb, weil sie nicht dazu kam, aus gutgläubigem Erwerb auch formell sofort ein Recht entstehen zu lassen. Ganz andere Gründe führten dazu, in der Aktivlegitimation der Klage aus § 1007 das Besitzrecht fortzulassen: zum Nachweis eines Rechts gehört in der Regel der Nachweis der Entstehung desselben. Dies führt praktisch zu einer Benachteiligung des älteren Besitzes, und zur Vermeidung dieses Übelstandes gestattet das Gesetz, daß vor der Hand von dem Nachweis der Rechtmäßigkeit des früheren Besitzes abgesehen wird. Daß trotzdem ebenso, wie bei der Publiciana, ein Recht den inneren Kern des klägerischen Anspruchs bildet, das zeigt sich auf Schritt und Tritt bei der Untersuchung der dem Beklagten gegen die Klage zustehenden Einwendungen.

Die Verteidigung[171] des Beklagten besteht nämlich entweder in einem Angriff auf das klägerische Besitzrecht, oder in der Entgegenstellung eines eigenen besseren Besitzrechts.

[171]) Zur „Verteidigung" des Beklagten rechnet nicht die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen; dies ist nur ein prozessuales Hilfsmittel zur besseren Geltendmachung eines selbständigen Gegenanspruchs des Beklagten, der zu dem Herausgabeanspruch des Klägers an sich in keinem Gegensatz steht. Diese Einrede ist gegen beide Klagen in vollkommener Analogie mit der rei vindicatio bezw. Eigentumsklage gegeben und kann daher hier übergangen werden.

Der Angriff auf das klägerische Besitzrecht richtet sich entweder auf den Erwerb oder auf den Verlust desselben. Beide Einwendungen sind für die Besitzrechtsklage im § 1007 III Satz 1 zusammengefaßt: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat."

Die bona fides bezw. mala fides des Klägers ist bereits oben S. 45 ff. im Zusammenhang mit den vom Kläger zur Begründung seines Anspruches darzulegenden Thatsachen eingehend behandelt; an dieser Stelle ist nur noch hinzuzufügen, daß, während im römischen Recht mala fides des publicianischen Erwerbes die Entstehung seines Rechtes unter allen Umständen verhindert und damit seinen Anspruch gänzlich unmöglich macht, für den schlechtgläubigen Besitzerwerber nach BGB. unter Umständen doch ein Recht entstehen kann, z. B. wenn der Mangel, der beim Erwerb bestand, später geheilt wird. Nichtsdestoweniger bleibt in solchen Fällen dem Erwerber die Klage aus § 1007 versagt. Die mala fides erzeugt geradezu eine Vermutung für das Nichtbestehen eines Rechts, eine Vermutung, deren Widerlegung für den Kläger im Besitzrechtsstreit zwar möglich aber ohne jeden Erfolg ist.

Hieran übt Giese a. a. O. pg. 72 f. eine Kritik, die nicht genügend begründet erscheint. Er führt an, daß dem bösgläubigen Beklagten die Berufung auf sein Besitzrecht (§§ 986, 1007 III Satz 2) gestattet sei und meint, dies sei eine unbillige Bevorzugung des Beklagten gegenüber dem Kläger. Demgegenüber ist aber folgendes zu bedenken: die Vindikation ist ein zweischneidiges Schwert, sie verhilft demjenigen, der seine Sache verlor, wieder zum Besitz

derselben, sie bedroht aber auch den gegenwärtigen Besitzstand und bringt besonders bei so erleichterten Klagevoraussetzungen, wie § 1007 sie gewährt, die Gefahr mit sich, daß unberechtigte Ansprüche gegen berechtigte Besitzer mit Erfolg geltend gemacht werden. Ganz besonders erhöht erscheint diese Gefahr, wenn ein Bösgläubiger mit der Vindikation vorgeht, es ist also durchaus nicht unbillig, wenn diesem die Vindikation verwehrt wird, wenn er von vornherein auf den Weg der Klage aus dem Recht verwiesen wird.

Ebenfalls eine Vermutung für das Nichtbestehen eines klägerischen Rechts stellt der Einwand auf, Kläger habe den Besitz seiner Sache aufgegeben. Obwohl auch hier die Vermutung durchaus nicht immer zuzutreffen braucht,[172] kann doch, wie bei der mala fides, die Widerlegung derselben, der Nachweis eines noch bestehenden Rechts, dem Kläger nichts nützen. Auch die publicianische Klage versagt nach herrschender Meinung,[173] wenn der publicianische Besitzer die Sache aufgegeben hat; hier ist aber der Schluß auf den Untergang seines „Rechts" stets zutreffend, und der Angriff des Beklagten richtet sich nicht, wie nach § 1007, gegen die Aufgabe des Besitzes, sondern gegen die Selbstentäußerung des Rechts. Der publicianische Besitzer kann sich sehr wohl seines Rechtes begeben, ohne den Besitz aufzugeben; er verkauft z. B. die Sache, behält sie aber als Pfandgläubiger oder Prekarist. Eine solche Entäußerung kann dem Kläger aus § 1007 nicht entgegengehalten werden.[174]

---

[172]) z. B. der Mieter giebt vor Ablauf der Mietszeit die Sache dem Vermieter zurück vgl. Gierke a. a. O. pg. 59. Müller a. a. O. pg. 40.

[173]) vgl. Huschke a. a. O. pg. 28 ff., Dernburg, Pand. I § 228[18].

[174]) vgl. Gierke a. a. O. pg. 61.

Der Begriff der Besitzaufgabe nach § 1007 III bedarf insbesondere angesichts des mittelbaren Besitzes einer genaueren Feststellung. Besitzaufgabe ist eine solche Beendigung (§ 856 BGB.) des Besitzes, welche durch eine Willensbethätigung (die nicht gerade eine Willenserklärung zu sein braucht) des Besitzers verursacht ist. Es ist mit Recht allgemein angenommen worden,[275] daß auf diese Willensbethätigung die Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Geschäftsfähigkeit und Willenserklärung, angewandt werden müssen. Die der Giltigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen entgegenstehenden Mängel heben analog auch die rechtlichen Wirkungen der bei der Besitzaufgabe sich abspielenden Willensbethätigung auf, sie verhindern die durch die Besitzaufgabe herbeigeführte Zerstörung des Klagefundaments. Hiernach darf, wenn ein Kind, ein Geisteskranker, ja auch ein Minderjähriger oder ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter seine Sache ohne Einwilligung bezw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters fortgiebt oder wegwirft, die hierdurch verursachte Beendigung des Besitzes nicht zu Ungunsten der Genannten als eine Besitzaufgabe betrachtet werden. Gleiches muß gelten, wenn der Besitzer zum Fortgeben oder Wegwerfen seiner Sache durch Irrtum, Betrug oder Drohung veranlaßt war, sofern die Anfechtung rechtzeitig erfolgte. In einem großen Teil dieser Fälle wird man nicht nur das Vorliegen einer Besitzaufgabe leugnen, sondern geradezu unabwendbaren Besitzverlust annehmen müssen, der zur Begründung der

[275]) vgl. Gierke a. a. O. pg. 60, Müller a. a. O. pg. 49 f., Giese a. a. O. pg. 65.

Klage aus § 1007 II geeignet ist. Daß aber der Begriff des unabwendbaren Besitzverlustes sich nicht mit dem Gegenteil der freiwilligen Besitzaufgabe deckt, daß „Abhandenkommen" und „Aufgegeben werden" nicht korrelative Begriffe sind, von denen einer aus dem andern abgeleitet werden kann, wie Giese dies pg. 64 ff. thut, geht aus der oben Seite 71 ff. dargelegten Bestimmung des ersteren Begriffs hervor. Die beiden Begriffe stehen nur in einer Beziehung zu einander: die Behauptung die Sache sei aufgegeben, schließt immer mindestens die Negation des Begriffs der abhanden gekommenen Sache in sich;[276] da sie nämlich besagt, daß der frühere Besitzer die Sache selbst aufgegeben habe, verneint sie damit implicite die technische Unabwendbarkeit des Besitzverlustes. Über diese Negation hinaus enthält sie aber noch ein weiteres wesentliches Moment, nämlich die auf die Besitzaufgabe gerichtete Willensbethätigung, ein Moment, das völlig außerhalb des Begriffes „abhanden kommen" steht. Folglich kann weder dieser Begriff aus dem Begriff der Besitzaufgabe, noch umgekehrt letzterer aus dem ersteren abgeleitet werden; es ist also auch nicht richtig, wenn Giese[277] aus dem Umstande, daß gegen die Klage aus § 1007 I der Einwand der Besitzaufgabe gegeben ist, den Schluß ziehen zu können glaubt, daß auch die Klage aus § 1007 I nur bei „abhanden gekommenen" Sachen angestellt werden könne. Vielmehr bilden ein wichtiges Gebiet der

---

[276]) Deshalb ist in dieser Behauptung gegenüber der Klage aus § 1007 II eine Bestreitung des Klagegrundes und somit keine Einwendung im materiellrechtlichen Sinne enthalten. vgl. Gierke a. a. O. pg. 95[33].

[277]) a. a. O. pg. 35.

Klage aus § 1007[1] gerade die Fälle, in denen die Sache nicht abhanden gekommen, aber auch nicht aufgegeben worden ist.

Diese Fälle treten am häufigsten ein, wenn der Besitzer seine Sache einem andern anvertraut und dieser das Vertrauen mißbraucht, indem er die Sache fortwirft oder veräußert. Wann liegt in den Fällen des mittelbaren Besitzes ein Aufgeben vor? Die Fälle der Beendigung des mittelbaren Besitzes sind bereits oben S. 80 aufgezählt. Ein Aufgeben liegt selbstverständlich vor, wenn der mittelbare Besitzer den unmittelbaren zur Besitzaufgabe direkt beauftragt oder wenn er seinen Anspruch auf Herausgabe an einen Dritten cediert oder auf denselben dem mittelbaren Besitzer gegenüber verzichtet. Tritt aber der Besitzverlust lediglich dadurch ein, daß der unmittelbare Besitzer die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert, so können wir unmöglich von einem Aufgeben, einer freien unmittelbaren Bethätigung des auf die Beendigung des Besitzes gerichteten Willens sprechen, ohne eine Fiktion anzuwenden die zwar echt germanistisch ist, aber nichtsdestoweniger im Gesetzbuch nicht den mindesten Anhalt findet und deshalb unzulässig erscheint. Gierke will zwar dann, wenn dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhanden kam, entsprechend § 935[1] Satz 2 auch zu Gunsten des mittelbaren unabwendbaren Besitzverlust annehmen; giebt jedoch der unmittelbare den Besitz freiwillig auf, so soll dies infolge der ihm seitens des mittelbaren verliehenen formellen Verfügungsmacht zu Ungunsten des Letzteren als

---

[278]) a. a. O. pg. 52.

eine von demselben vorgenommene Besitzaufgabe gelten.[279] Wir hatten oben S. 82 ausgeführt, daß der frühere mittelbare Besitzer diese Art des Besitzverlustes nicht als eine die Verfolgung ausschließende hinstellen und daraufhin aus § 1007 II klagen darf; daraus folgt aber noch lange nicht, daß man diesen Besitzverlust als freiwilligen bezeichnen und dem früheren mittelbaren Besitzer auch die Klage aus § 1007 I versagen darf. Dann wäre ja demjenigen, welcher seine Sache zu Nutzungs- und Verwaltungsbesitz hingab, dem bösgläubigen Besitzer gegenüber die Klage aus § 1007 I stets verwehrt; es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz etwas derartiges gewollt hat.

Außer der Bekämpfung des klägerischen Rechts, außer dem Nachweis, daß dasselbe entweder garnicht entstanden oder wieder untergegangen ist, steht dem Beklagten noch ein anderer Verteidigungsweg offen: er kann dem klägerischen Besitzrecht ein eigenes noch besseres Besitzrecht entgegenstellen. Es muß hier von vornherein bemerkt werden, daß dies ähnlich wie bei den vorher besprochenen Einwendungen, auch in der Weise geschehen kann, daß nicht das bessere Besitzrecht selbst, expressis verbis, angeführt wird, sondern eine Vermutung für das Bestehen eines besseren Besitzrechts. Dies ist jedoch eine besondere Eigentümlichkeit der Klage aus § 1007 II, die wir vorläufig zurückstellen, um uns dem besseren Besitzrecht zuzuwenden, das sozusagen mit offenem Visir kämpft.

Gemäß fr. 7 § 8 und § 1007 III Satz 2 (§ 986) kann zunächst jedes Besitzrecht geltend gemacht werden, welches

[279]) a. a. O. pg. 60. Dieselbe Meinung vertritt auch Giese a. a. O. pg. 68 und Müller a. a. O. pg. 40.

auch den Angriff des vindizierenden Eigentümers überwindet, und zwar eignet sich hierzu sowohl ein dingliches als ein obligatorisches Recht. Bezüglich des Letzteren ist allerdings ein Unterschied zwischen dem römischen und dem gemeinen Recht zu machen; ersteres schützt nur den dinglich Berechtigten, z. B. den Faustpfandgläubiger, letzteres auch den obligatorisch Berechtigten z. B. den Mieter, vor der Vindikation. Aus der Reihe der gegenüber der Eigentumsklage wirksamen Besitzrechte scheidet das Eigentum selbst aus, weil Anführung eigenen Eigentums gegenüber der Eigentumsklage eine Verneinung des Klagegrundes darstellt; wohl aber ist das Eigentum ein Besitzrecht, mit dem man sich gegen unsere Besitzrechtsklagen wenden kann. Jedoch aus verschiedenen Gründen und auf verschiedene Weise. Gegenüber dem Recht des publicianischen Besitzers ist das Eigentum stets das bessere Recht, denn die publicianische Rechtsposition ist nur eine schwächere Nachbildung des Eigentums; sie gewährt die Befugnisse des Eigentümers, aber unter geringeren Voraussetzungen und dafür auch mit geringerer, nur relativer Wirkung, die sich gerade darin am deutlichsten äußert, daß die Vindikation des publicianischen Besitzers gegen den Eigentümer nichts ausrichtet. Exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est.[280] Der gutgläubige Erwerb ist noch nicht soweit anerkannt, daß er auch das Eigentum zu überwinden vermöchte. — Gegenüber der Klage aus § 1007 ist das Eigentum nicht so ohne Weiteres das bessere Besitzrecht. Woher kommt das? Weil das Eigentum durchaus nicht das stärkste aller Besitzrechte ist. Es ist zwar das häufigste, wirtschaftlich ausgiebigste

[280]) fr. 16 h. t., dazu fr. 17 h. t.

und dauerhafteste, aber im Streite um die Herausgabe der Sache nicht immer das stärkste Besitzrecht. Der Pfandgläubiger, der Nießbraucher ist immer besser berechtigt als der Eigentümer,[281] der Mieter[282] dann, wenn der Vermieter der Eigentümer selbst, dessen Rechtsnachfolger oder ein dem Eigentümer gegenüber zum Besitz und zur Weitervermietung Berechtigter ist. Wenn also mit der Klage aus § 1007 jeder frühere Fremdbesitzer klagen kann, so ist garnicht gesagt, daß das Recht dieses Fremdbesitzers dem des beklagten Eigentümers gegenüber als das schwächere erscheinen muß; der bloße Nachweis, daß Beklagter Eigentümer ist, genügt also nicht zur Abweisung der Klage. Es müssen weiterhin Thatsachen angeführt und bewiesen werden, aus denen sich ergiebt, daß das Besitzrecht des beklagten Eigentümers besser ist als dasjenige des Klägers.[283] Hierüber s. weiter unten das Nähere. Der bösgläubige, aus § 1007[I] beklagte Eigentümer zieht keine prozessualen Vorteile aus der Thatsache seines Eigentums. Dagegen hat er auf der andern Seite einen großen Vorteil gegenüber dem Beklagten aus § 1007[II]: während der Letztere das von ihm angeführte Eigentum beweisen muß, hat der beklagte Eigenbesitzer gegenüber der Klage aus § 1007[I] stets die Vermutung aus § 1006 für sich, wenn nicht der Kläger nachweisen kann, daß ihm die Sache abhanden

---

[281]) vgl. Müller a. a. O. pg. 41.

[282]) Auch der Entleiher und Verwahrer theoretisch.

[283]) So auch Gierke a. a. O. pg. 57, Müller a. a. O. pg. 42, und Giese a. a. O. pg. 70. Gierke behauptet übrigens daselbst das Gleiche auch für die dinglichen Rechte an fremder Sache; vgl. hiergegen das vorher Gesagte und unten bei Note 285.

gekommen ist. Gierke[284] behauptet im Gegensatz hierzu, der Nachweis böswilligen Besitzerwerbes widerlege die Vermutung aus § 1006. Diese Meinung ist aber durchaus falsch. Der beklagte Eigenbesitzer kann ja schon früher, vor seinem jetzigen, bösgläubig erworbenen Besitz, Eigentümer geworden sein, und dann geht doch nicht etwa durch den nachfolgenden mala fide-Besitzerwerb sein Eigentum unter! Und giebt der Beklagte selbst zu — was er garnicht nötig hat — daß sein vermutetes Eigentum erst mit dem Erwerb seines jetzigen Besitzes entstanden sei, so beweist doch die Thatsache, das dieser Besitzerwerb bösgläubig stattfand noch immer nichts gegen die Entstehung seines Eigentums; er kann ja durch Tradition nach § 929 vom wirklichen Eigentümer erworben haben! Bedient sich also der Beklagte des Einwandes aus § 986 in der beschriebenen Weise, so kann der Kläger sich genötigt sehen, den vollen Beweis des Nichteigentums des Beklagten zu führen, ein Beweis, den man mit noch vielmehr Recht als die gemeinrechtliche Aktivlegitimation des Vindikanten als eine probatio diabolica bezeichnen darf.

Besonders zu statten kommt die Vermutung des § 1006 demjenigen Beklagten, der Pfand- oder Nießbrauchbesitzer[285] ist; denn Faustpfand und Nießbrauch sind die stärksten Besitzrechte. Beweist also der Beklagte, daß er als Pfandgläubiger oder Nießbraucher besitzt, so besiegt er den Kläger aus § 1007[I], ohne die Rechtmäßigkeit seines Besitzes nachgewiesen zu haben, wenn nicht, was freilich häufig der Fall

---

[284]) a. a. O. pg. 75[31] ebenso Müller a. a. O. pg. 42[14] und Giese a. a. O. pg. 70 vor. Anm. 2. (probatio diabolica).

[285]) §§ 1065, 1227 BGB.

sein wird, mit dem Nachweis seiner mala fides die wirkliche Wurzel seines Erwerbes und damit dessen Unrechtmäßigkeit nachgewiesen wird.

Da das publicianische Recht kein absolutes Recht war, so konnte es auch vorkommen, daß zwei Individuen unabhängig von einander dasselbe publicianische Recht an derselben Sache erwarben. Dann war, wenn Einer gegen den Anderen mit actio Publiciana klagte, zu entscheiden, welcher von ihnen das bessere Recht zum Besitze hatte. In einem Falle war diese Entscheidung zweifellos: wenn nämlich beide Parteien von demselben auctor erworben hatten, so stand dem ersten Erwerber gegen den Andern als Rechtsnachfolger seines auctor die exceptio bezw. replicatio rei venditae et traditae zu. War dies aber nicht der Fall, hatten beide Parteien von verschiedenen Auktoren erworben, so konnte die Frage entstehen, ob das einmal entstandene publicianische „Recht" ähnlich wie sein Vorbild, das Eigentum, die Kraft besitzen konnte, späterem Erwerb Schranken entgegenzusetzen, oder ob nicht umgekehrt gerade der spätere publicianische Erwerb ähnlich wie der Erwerb durch Ersitzung stark genug war, dem früheren Recht den völligen Untergang zu bereiten. Diese Fragestellung mußte dem Juristen vorgeschwebt haben, der sich für die erstere Entscheidung erklärte und ebenso wie in dem Fall des Erwerbes von demselben Auktor stets dem früheren Erwerb das bessere Recht zuschrieb.[286] Die zweite Möglichkeit ist nirgendwo zur Diskussion gestellt. Von einer ganz anderen Auffassung gehen Julian und Ulpian aus;[287] während Neratius

[286]) Neratius, fr. 31, § 2 de a. e. v. 19,1.
[287]) fr. 9 § 4 h. t.

das publicianische Recht in seinen Wirkungen dem absoluten Recht näher bringt, halten sie streng an dem relativen Charakter des publicianischen Rechts fest und kommen so zu der Entscheidung: melior causa possidentis quam petentis. Beide Rechtspositionen sind gleichwertig, keine ist besser als die andere. Wie oben S. 16 erwähnt, hat sich die gemeinrechtliche Theorie diese zweite Meinung zu eigen gemacht, obwohl dieselbe keine vollkommen befriedigende Lösung des Problems bildet. Sind nämlich beide publicianische Erwerber Nichtbesitzer, so versagt die Entscheidung melior causa possidentis; dies kann aktuell werden, wenn nun beide publicianische Erwerber gegen einen unberechtigten dritten Besitzer klagen; dann sind beide Kläger petentes und keiner von ihnen ist possidens.[288] Das Sachenrecht des BGB. vermeidet dieses Problem; wird bona fide Eigentums- oder sonstiges dingliches Recht erworben, so gehen alle dem neu erworbenen Rechte entgegenstehenden älteren Rechte entweder ganz unter[289] oder werden dem jüngeren Rechte im Range nachgeordnet.[290] Einem Gleichberechtigten kann daher der Kläger aus § 1007 nicht begegnen.

Eine Sonderstellung nehmen die beiden Einwendungen ein, welche dem Beklagten in § 1007 II nur gegen die Klage aus unabwendbarem Besitzverlust gegeben sind. Wie schon oben S. 94 angedeutet, wird durch diese Einwendungen nicht ein bestimmtes besseres Besitzrecht des Beklagten dem Besitzrechte des Klägers gegenübergestellt, sondern der Beklagte führt Thatsachen an, welche eine Vermutung seines

---

288) vgl. hierüber Giese a. a. O. pg. 41 ff.
289) § 936 BGB.
290) §§ 1032, Satz 2, 1208 BGB.

besseren Rechtes in sich schließen. Insofern ist dieses Verfahren ähnlich dem bei den Einwendungen aus § 1007 III Satz 1 angewandten, nur mit dem Unterschiede, daß diese letzteren Einwendungen unwiderlegbar, jene dagegen widerlegbar sind.

Der erste gegen die Klage aus § 1007 II gegebene Einwand wird mit der Behauptung erhoben, Beklagter sei Eigentümer der Sache. Im Gegensatz zum Beklagten aus § 1007 I, der, wenn er zum Beweise seines besseren Rechts das Eigentum benutzen will, hierzu sich auf die Vermutung aus § 1006 berufen darf, ist der Beklagte aus § 1007 II hierzu nicht im Stande, da diese Vermutung durch die Klagebegründung — durch den Nachweis unabwendbaren Besitzverlustes — entkräftet ist. Er muß also den vollen Nachweis seines Eigentumserwerbes führen; will er sein Eigentum nach der Besitzzeit des Klägers erworben haben, so muß er entweder darthun, daß er die Sache auf einer öffentlichen Versteigerung oder durch Ersitzung erworben hat,[291] oder er muß beweisen, daß sein Auktor der wahre Eigentümer war.[292] Datiert er seinen Eigentumserwerb aber früher, in oder vor die Besitzzeit des Klägers, so genügt jeder Titel, und Nachweis des dominium auctoris ist dann überflüssig (§ 932).

Es ist bereits oben S. 95 f. ausgeführt, daß das Eigentum gegenüber dem Anspruch aus § 1007 durchaus nicht a priori als besseres Besitzrecht gelten kann. Wenn daher der bloße Nachweis des Eigentums des Beklagten die Einwendung der Klage aus § 1007 II herbeizuführen vermag,

---

[291]) § 935 vgl. Feustel, a. a. O. pg. 25.
[292]) vgl. Miethke a. a. O. pg. 32.

so müssen wir dies als eine Vermutung für ein besseres Besitzrecht des Beklagten auffassen. Der gutgläubige beklagte Eigentümer soll in die Lage des Klägers aus § 985 versetzt werden: auch der in dieser Klage vom Kläger erbrachte Eigentumsbeweis verschafft ihm eine Vermutung besseren Besitzrechts. Der innere Grund dieser Vermutung liegt in der oben S. 95 charakterisierten Eigentümlichkeit des Besitzrechts „Eigentum:" es ist, wenn auch nicht immer das stärkste, so doch zeitlich das dauerhafteste Besitzrecht; hat die Sache irreguläre Wege durchgemacht, so spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß das zeitlich unbegrenzte Besitzrecht des Eigentümers noch nicht untergegangen ist. Niemals aber darf diese Vermutung so weit gehen, daß sie die vorübergehend stärkeren partiellen Besitzrechte zerstört. Darum ist gegen die Eigentumsklage stets die Einrede aus § 986, und gegen den Einwand des Eigentums im § 1007 II stets die Replik aus § 986 zulässig.[293]

---

[293]) So Gierke a. a. O. pg. 61 f. und ihm zustimmend Giese pg. 75, Feustel a. a. O. pg. 25, Müller a. a. O. pg. 44,21. Nur Miethke, a. a. O. pg. 32 ff. opponiert. Er meint zunächst, die für den Kläger aus seinem früheren Besitze entspringende Vermutung werde durch den Einwand des Eigentums überwunden; dadurch werde der Klage der Boden entzogen. Das ist nicht richtig; der vom Kläger angeführten Vermutung wird nur eine andere Vermutung entgegengestellt, die nur insofern stärker ist, als jene, als sie dem Kläger die Beweislast für das Nichtbestehen des Besitzrechts des Beklagten aufbürdet. Dann meint Miethke: „wollte man dem aus § 1007 klagenden Eigentümer die Replik aus § 986 gegen den Eigentumseinwand geben, so würde seine Stellung hier günstiger sein, als wenn er sich der Eigentumsklage bediente." Das ist eine contradictio in adiecto! Endlich behauptet Miethke, die Replik aus § 986 stelle eine unzulässige Klageänderung dar. Auch das ist nicht richtig, die Replik enthält nur die Widerlegung einer vom Beklagten angeführten, gegen den Kläger streitenden Vermutung.

Wegen der bevorzugten Stellung, die der Eigentümer gegenüber der Klage aus § 1007 II hat, ist sein Einwand der exceptio dominii ähnlicher als der vom bösgläubigen Beklagten gegenüber der Klage aus Absatz I unter Benutzung des Eigentums geführte Nachweis des besseren Besitzrechts. Es bleibt aber immer noch der Unterschied, daß in der Publiciana stets[294] ein schwächeres Recht dem Eigentümer entgegentritt, während das Besitzrecht, welches im Gewande des früheren Besitzes des Klägers aus § 1007 II verhüllt ist, trotz der die Beweislast verschiebenden Gegenvermutung immer noch stärker als das Eigentum sein kann.

Der zweite spezifische Einwand gegen die Klage aus § 1007 II besagt, dem Beklagten sei die Sache vor der Besitzzeit des Klägers abhanden gekommen. Auch hier wieder Vermutung gegen Vermutung: Wie man in dem vom Kläger angeführten unabwendbaren Besitzverlust eine Vermutung sehen kann — nach unabwendbarem Besitzverlust kann in der Regel kein späterer Erwerb stattfinden —, so auch in dem vom Beklagten entgegengesetzten noch früheren Verlust. Auch diese Vermutung ist nicht unwiderlegbar. Gierke versagt, anders als beim Einwand des Eigentums, dem Kläger die Replik des besseren Besitzrechts gegenüber dem Einwand des früheren Besitzverlustes.[295] Aber der eigentliche Grund für diese verschiedenartige Behandlung, daß nämlich der vom Kläger angerufene Satz sich gegen ihn kehre, ist nicht beweiskräftig.

[294] Mit Ausnahme der Fälle der repl. rei vend. et trad. (fr. 2 de exc. rei v. et. tr. 21,3) und der repl. rei ind. (fr. 24. de exc. rei iud. 44,2.)

[295] a. a. O. pg. 62 f.; ebenso Miethke a. a. O. pg. 35 f. mit den gleichen Gründen, wie zum Einwand des Eigentums, vgl. oben Anmerkung 293.

Denn die Vermutung, auf die sich der Kläger gestützt hat, daß ihm ein Besitzrecht zugestanden habe und daß dieses Besitzrecht infolge des unabwendbaren Besitzverlustes nicht untergegangen sein könne, ist ja auch keine unwiderlegbare, auch gegen die Klage aus § 1007 II ist ja die Einrede aus § 986 gegeben. Wir dürfen also dem Kläger die Replik aus § 986 nicht versagen.[296] Auch wird man ihm gestatten müssen, sein besseres Besitzrecht ebenso im Gewande einer Vermutung vorzubringen, wie dies der Beklagte gegenüber § 1007 II thut, also in Gestalt einer Einrede des Eigentums, des noch früheren Besitzverlustes oder der mala fides des Beklagten.[297]

Ein der Einrede des noch früheren Besitzverlustes in gewisser Weise vergleichbares Verteidigungsmittel des Beklagten haben wir bereits oben S. 27 ff. näher besprochen; es ist dies Berufung auf die Furtivität der Sache.

Publiciana

296) vgl. Giese a. a. O. pg. 77 f., Müller a. a. O. pg. 75.

297) So auch Giese a. a. O., Müller a. a. O. und bezüglich der Replik der mala fides auch Gierke a. a. O.

III. Ergebnis.

Wir hatten bei der vorstehenden vergleichenden Untersuchung der actio Publiciana und der Besitzrechtsklage aus § 1007 BGB. wenig Gelegenheit, zwischen diesen beiden Rechtsgebilden Übereinstimmung festzustellen. Das Wenige, was den beiden Klagen gemeinsam ist, bot eigentlich immer nur Veranlassung zur Untersuchung der Unterschiede.

Die mit den beiden Klagen verfolgten Ansprüche gehören dem Sachenrecht an. Dies trifft auch für § 1007 zu, obwohl mit dieser Klage auch z. B. ein Mieter, ein Kommodatar den Besitz der gemieteten, geliehenen Sache verfolgen kann; die obligatorischen Rechte erhalten, wenn sie in das Gewand des die allgemeine Erscheinungsform der dinglichen Rechte bildenden Besitzes gehüllt werden, dingliche Wirkung. Ferner sind beide Klageansprüche petitorischer Natur, sie bezwecken nicht vorläufige Regelung des Besitzstandes, sondern endgiltige Realisierung der Besitzrechte. Die mit den beiden Klagen verfolgten Ansprüche gründen sich nämlich auf Besitzrechte, und zwar braucht dieses Besitzrecht im Unterschied von der engverwandten rei vindicatio bezw. Eigentumsklage nicht gerade das Eigentum zu sein, während nichts dem im Wege steht, daß auch der Eigentümer sich unserer Klagen bedient. Die Geltendmachung erfolgt bei beiden Klagen durch Er-

hebung eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache gegen den gegenwärtigen Besitzer. Bei der Begründung des Anspruchs kommt bei beiden Klagen der frühere Besitz des Klägers und vor allem auch sein guter Glaube beim Erwerb in Frage. Endlich ist von Bedeutung, daß beiden Klagen gegenüber die Einrede aus den besseren Rechten zugelassen ist.

Demgegenüber sind von den zahlreichen Unterschieden die wenigsten in aller Kürze dahin zusammenzufassen:

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß wir es bei der Klage aus § 1007 mit einem Gebilde des Mobiliarrechts zu thun haben, welches im BGB. wie im deutschen Sachenrecht scharf vom Immobiliarrecht getrennt ist, während das römische bewegliche und unbewegliche Sachen im allgemeinen gleich behandelt. Bei der Publiciana ist dieser Gegensatz noch dadurch verschärft, daß bewegliche Sachen leicht den Makel der Furtivität annehmen und daher dem publicianischen Erwerb in gewissem Grade schwerer zugänglich sind als unbewegliche.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, daß das mit der Publiciana verfolgte Besitzrecht eine Nachbildung des Eigentums ist, während die Besitzrechtsklage aus § 1007 jedes beliebige Besitzrecht, Eigentumsrecht sowohl wie bloßes Nutzungs- oder Verwahrungsrecht, dingliches wie obligatorisches Recht zur Geltung bringt. Entsprechend ist auch der frühere Besitz des publicianischen Klägers stets Eigenbesitz, während der frühere Besitz des Klägers aus § 1007 nicht nur Eigenbesitz, sondern auch Fremdbesitz, z. B. Nießbrauchs-, Pfand-, Miet-, Leih-, Verwahrungs-, Fund-

besitz u. s. w. sein kann. Hieraus ergiebt sich natürlich eine umfangreiche Verschiebung der Wirkungsgebiete.

Der stärkste und wesentlichste Unterschied aber, der eigentliche charakteristische Gegensatz besteht in der Art, wie die beiden Klagen begründet werden. Der innere Grund des Klageanspruchs, das Recht zum Besitz, muß natürlich den Ausgangspunkt der Klagebegründung bilden. Nun ist aber bezeichnend für den Unterschied der beiden Rechtssysteme, daß das Dasein eines Rechts nach römischer Anschauung grundsätzlich nur durch den Nachweis seiner *Entstehung* festgestellt werden kann, während das deutsche Recht auch andere Mittel zu dieser Feststellung verwendet, darunter im Mobiliarrecht in erster Linie die *äußere Erscheinungsform* der Besitzrechte, den Besitz. Daher wird der mit unseren beiden Klagen geltend gemachte Herausgabeanspruch nach römischem Recht dadurch begründet, daß Thatsachen angeführt werden, aus denen die Entstehung des Rechts auf den Besitz hervorgeht, nach deutschem dagegen durch Nachweisung eines in gewissen äußeren Merkmalen sich manifestierenden Rechtsbestandes. Der Publiciana-Kläger legt dar, daß er die Sache auf Grund einer iusta causa erworben habe, der Kläger aus 1007 weist nach, daß er die Sache einmal *besaß*. Der Besitz ist die allgemeine Erscheinigungsform der Besitzrechte. Aber der bloße frühere Besitz genügt noch nicht zur Feststellung eines *gegenwärtigen* Besitzrechts. Das einmal auf Grund einer iusta causa erworbene Besitzrecht des publicianischen Besitzers dauert fort; die aus dem Besitz nach BGB. sich ergebende Vermutung verliert ihre Kraft, wenn der Besitz untergeht. Darum müssen vom Kläger aus § 1007 noch weitere Thatsachen

angeführt werden, welche das Fortdauern des Besitzrechts nach beendigter Besitzzeit vermuten lassen. Solche Thatsachen sind entweder bösgläubiger Besitzerwerb des Beklagten oder unabwendbarer Besitzverlust des Klägers. Bösgläubiger Besitzerwerb des Beklagten läßt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darauf schließen, daß er kein Recht erworben habe und daß demzufolge das Recht des früheren Besitzers doch weiter bestanden hat; ebenso geht aus der Thatsache des unabwendbaren Besitzverlustes mit einiger Sicherheit hervor, daß das Besitzrecht des Beklagten sich weiterhin erhalten hat und ein späterer Besitzer nicht berechtigt ist.

Diese zur Begründung der Besitzrechtsklage aus § 1007 erforderlichen Nachweise bieten eine gewisse Garantie dafür, daß kein Unberechtigter den Anspruch erhebt, obwohl der Kläger garnicht verpflichtet ist, sich expressis verbis über den wirklichen Bestand seines Besitzrechtes auszulassen und auszuweisen. Soweit aber doch ein gänzlich Unberechtigter von dem Anspruch Gebrauch macht, so stehen doch, wie mehrfach gezeigt, dem Beklagten genügende Verteidigungsmittel zur Verfügung, um den Unberechtigten abzuwehren.

Auf diese Weise sind wir bei der Klage aus § 1007 in der Lage, die Beweisthatsachen nach Möglichkeit der Gegenwart näher zu rücken; dies ist zweifellos gegenüber dem römischen Vindikationssystem, das den Nachweis des oft in ferner Vergangenheit liegenden Erwerbes verlangt und damit die Verfolgung des Besitzrechts mit zunehmendem Alter desselben erschwert, ein großer Fortschritt.

Litteratur.

Appleton, Histoire de la propriété pretorienne. 1889.

Brezzo, Archivio giuridico, Bd. 43, pg. 267 ff.

Bruns, Der ältere Besitz und das Possessorium, in Beckers Jahrbuch IV. Nr. 1.

Bruns, Das Wesen der bona fides 1872.

Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857.

Delbrück, Nachträge zur dinglichen Klage in Iherings Jahrbüchern, X. Nr. 2.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.

Dernburg, Pandekten I.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. III.

Deurer, Der Schutz des relativ-besseren Rechts, Iherings Jahrbuch I, Nr. 5.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1. 1899.

Erman, Beiträge zur Publiciana, Zeitschrift d. Savignyst. XI 2, XII 2.

Feustel, Der Anspruch aus § 1007 des BGB., verglichen mit den Klaggebilden des früheren Rechts. 1900.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 89 pg. 402 ff.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1898.

Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. 3.

Giese, Besitzrechtsschutz im BGB. und actio in rem Publiciana. 1901.

Gimmerthal, Die Publicianische Klage und die Mancipation. 1881.

Goldmann, Publicianischer Schutz im römischen und preußischen Recht. 1897.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885.

„ Die Gewere. 1872.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.

Huschke, Das Recht der publicianischen Klage. 1874.

Kindel, Das Recht an der Sache. 1889.

Klein, Der mittelbare Besitz des BGB. 1899.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen. 1869.

Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts. 1878.

„ Edictum perpetuum. 1883.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Bd. 2. 1900.

Mayer, Die justa causa bei Tradition und Usukapion. 1871.

Meilhaus, Der Eigentumserwerb nach HGB. und BGB. 1900.

Meyer, Über den dem Vindikanten obliegenden Beweis. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 77 pg. 364.

Meyer, Über das Verhältnis der rei vindicatio zur actio Publiciana. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 79. pg. 446 ff.

Miethke, Wesen und Umfang der Klage des § 1007 BGB. 1900.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. Bd. III.

Müller, Die Klage aus dem früheren Besitz. 1900.
Obrock, de Publiciana in rem actione. 1843.
Pflüger, Über die probatio diabolica. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 77 pg. 16 ff.
Pflüger, Über das Verhältnis von rei vindicatio und actio Publiciana. Archiv für die civilistische Praxis Bd. 78, pg. 3 ff.
Pflüger, Über die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entwurf eines BGB. Jahrbuch f. Dogm. XXXV. Nr. 7.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung d. Entwurfs d. BGB. III.
Ritthausen, Über den Besitzerwerb des Klägers als notwendige Voraussetzung der a. P. 1898.
Schulin, Über einige Anwendungsfälle der Publiciana. 1873.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 1. 1844.
Sonnenthal, Ist Besitz notwendige Voraussetzung der a. P., 1898.
Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus. 1852.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. Jahrbuch für Dogm., Bd. 38.
Szymanski, Setzt die a. P. immer ehemaligen Besitzerwerb voraus? 1896.
v. Thur, Deutsche Juristenzeitung IV, pg. 350.
Vangerow, Pandekten, Bd. I.
Wächter, Pandekten, Bd. II.
" Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung. 1871.
Wendt, Über die Beweislast bei der rei vindicatio. Archiv für d. civil. Praxis, Bd. 76.

Wendt, Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. 3.

Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB. Archiv für die civil. Praxis, Bd. 87.

Windscheid (Kipp), Pandekten, 8. Aufl. Bd. I.

Ziebarth, Realexecution und Obligation. 1866.

41,4,2,16 vgl p 59
voh nog Mayer Maly vgl